U d/of Ottawa
39003020925698

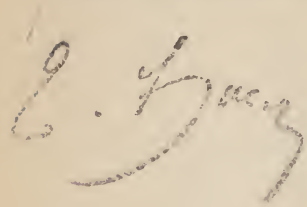
COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

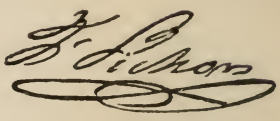
DU

CODE CIVIL

VI

Chaque exemplaire doit être revêtu de la signature de l'auteur et de celle de l'éditeur.





(Huc)

COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT
U. d'O.
U. of O.
LAW LIBRARY

DU

CODE CIVIL

PAR

THÉOPHILE HUC

Conseiller à la Cour d'appel de Paris,
Professeur honoraire des Facultés de droit.

TOME SIXIÈME

Donations et testaments ; — Dons et legs aux établissements publics ;
Substitutions permises ; — Partages d'ascendants ;
Donations et quotité disponible entre époux.

Art. 893 à 1100.

Université d'Ottawa
BIBLIOTHÈQUES
Université d'Ottawa
University of Ottawa
LIBRARIES
University of Ottawa

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, ÉDITEUR,

Libraire du Conseil d'Etat et de la Société de législation comparée,

24, RUE SOUFFLOT, 24.

1894

KJV
450
.H83
1892
v.6

COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

LIVRE TROISIÈME (*suite*).

TITRE DEUXIÈME.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET DES TESTAMENTS.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

§ 1er. — Définitions.

1. — Fondement du droit de disposer à titre gratuit.
2. — Modes légaux de disposition, art. 893; exclusion des donations à cause de mort.
3. — Définition de la donation, art. 894.
4. — De la manifestation unilatérale de la volonté de donner.
5. — Actualité et irrévocabilité de la donation ; signification de la règle : donner et retenir ne vaut.
6. — Définition du testament, art. 895.
7. — Les solennités de forme requises n'ont pas le même objet dans les donations et dans les testaments.

1. La notion exacte du droit de propriété individuelle im-

plique nécessairement, pour celui qui en est investi, la faculté de disposer librement de sa chose, à titre gratuit, soit pendant la durée de sa vie, soit au moment de sa mort.

Ce point est indéniable en ce qui touche les dispositions entre-vifs. Il ne l'est pas moins à l'égard des dispositions qui ne doivent produire leur effet qu'au décès du propriétaire. Les sophismes à l'aide desquels on a soutenu que les biens du défunt rentrent de plein droit dans le patrimoine commun pour retourner ensuite aux héritiers, en vertu seulement de la volonté générale, tendent en réalité à la destruction de la propriété individuelle, puisqu'ils transforment le propriétaire en une sorte d'usufruitier investi d'un droit simplement viager.

Il n'y a pas de distinction à établir entre le testament et la donation : ces deux modes de disposition appartiennent à l'homme au même titre et sont la manifestation ou l'affirmation d'un même droit. Sans doute on peut concevoir l'intervention du législateur en vue d'assurer le libre exercice de ce droit dans sa sphère légitime d'action, mais on ne saurait admettre que le législateur veuille rendre cet exercice plus ou moins difficile, sous prétexte qu'il voit les donations ou les testaments avec plus ou moins de faveur.

2. Quoi qu'il en soit, la loi va s'occuper d'abord (art. 893 à 899) de la détermination du champ de la transmission à titre gratuit.

Théoriquement, toute volonté de disposer à titre gratuit, manifestée de manière à ne laisser aucun doute quant à sa certitude, devrait par sa seule force produire l'effet qui a été recherché par son auteur.

Ce point de vue n'a été admis que pour les dispositions testamentaires. Une manifestation unilatérale de volonté, pourvu qu'elle se produise dans la forme légale, opérera la transmission envisagée par le testateur.

Pour les donations entre-vifs, au contraire, une manifes-

tation unilatérale de volonté restera inefficace; l'intervention de la personne gratifiée a été jugée nécessaire.

La disposition ne peut d'ailleurs produire de résultat que comme testament ou comme donation entre-vifs et d'après les règles propres à ces deux manières de disposer. La loi restreint en effet la liberté du disposant, et ne l'autorise pas à user d'un mode mixte qui tiendrait à la fois de la disposition testamentaire et de la donation :

ART. 893. On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre-vifs ou par testament, dans les formes ci-après établies.

Le but de cette disposition restrictive est de prohiber l'emploi des *codicilles* du droit romain, actes de dernière volonté, dispensés de toute solennité (1), et surtout de proscrire les donations *à cause de mort.*

La donation à cause de mort pouvait être définie : une libéralité faite par une personne, en vue de la mort, que cette personne fût ou non sur le point de courir un danger déterminé, ordinairement révocable au gré du donateur, et nécessairement caduque par le prédécès du donataire (2). La mort était donc l'*occasion* plutôt que la *cause* de la transmission : *Mortis causa capitur cum propter mortem alicujus capiendi occasio obvenit* (3).

La donation à cause de mort était donc un contrat, comme la donation proprement dite, mais elle était en même temps soumise comme les legs à la caducité en cas de prédécès du donataire. De plus elle était révocable. Ce caractère hybride ne permettait pas toujours de la distinguer nettement des autres libéralités, et pouvait donner lieu à des contestations. C'est seulement pour ce motif qu'elle n'a pas trouvé place dans le Code. On ne pourrait donc annuler, comme n'étant

(1) JUST., *Inst.* 2, 25, *De codicillis.*

(2) GLASSON, *Donations à cause de mort*, *Revue critique*, 1869, p. 321.

(3) L. 31 pr., D. 39, 6, *De mortis causa donat.*

plus autorisées par la loi, que les donations présentant la réunion des caractères de l'ancienne donation à cause de mort; et tout acte emportant dessaisissement immédiat du donateur ne serait pas évidemment dans ce cas (1).

Ainsi, la condition qui se bornerait à subordonner la donation au prédécès du donateur, n'empêcherait pas, par elle-même, la transmission irrévocable du droit faisant l'objet de la libéralité. On ne pourrait soutenir qu'elle implique la révocabilité de la donation et que dès lors elle constitue une donation à cause de mort. Il faudrait, pour qu'il en fût ainsi, que le donateur se fût réservé le droit de révocation (2).

Le don manuel fait par une personne sur le point de mourir, sous la condition que le donataire n'en disposera pas avant le décès du donateur et le lui rendre s'il revient à la santé, est une donation à cause de mort, nulle à ce titre.

Nous verrons cependant que, exceptionnellement, la loi permet par contrat de mariage (art. 1082 et suiv.) et entre époux (art. 1096), des donations présentant une certaine analogie avec l'ancienne donation à cause de mort.

3. Après avoir ainsi éliminé les modes de disposition qu'il n'a pas jugé utile de conserver, le Code va nous donner la définition de ceux qu'il a maintenus.

ART. 894. La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte (*).

Le législateur a donc considéré la donation comme étant un contrat, et a entendu la soumettre à toutes les règles des contrats. Le donataire doit donc intervenir pour donner son consentement, c'est-à-dire pour accepter la donation. Nous ver-

(*) Art. 894. — L. 1, pr. D. 39, 5, *De donat.*

(1) Cass. 3 déc. 1878, D. 79, 1, 271 ; Paris, 8 mars 1877, D. 78, 2, 75.

(2) Cass. 8 nov. 1886, D. 87, 1, 487; S. 87, 1, 33 et la note ; comp. Douai, 14 fév. 1887, S. 88, 2, 49.

rons même que son acceptation doit être expresse (art. 932), ce qui est excessif.

Une manifestation de la volonté de donner demeurant unilatérale, ne pourrait donc, en l'état actuel de notre législation, produire aucun effet. Ce résultat paraît imposé plutôt par l'organisation de la propriété, surtout de la propriété immobilière, que par les vrais principes sur la puissance de la volonté individuelle sérieusement formulée.

Une donation intéresse en effet non seulement le donataire et le donateur, ainsi que la famille de ce dernier, mais encore les tiers. Il importe à la stabilité des transactions que l'acte faisant sortir un objet, même gratuitement, du patrimoine d'une personne, présente une certaine fixité, et ne laisse pas le donateur maître de l'anéantir ou de le produire à volonté. L'application des règles sur les contrats a été considérée comme étant l'un des moyens destinés à procurer ce résultat.

4. Mais on peut concevoir certaines hypothèses qui n'ont rien de chimérique, dans lesquelles il serait désirable que la volonté unilatérale du donateur pût produire un effet utile. Ainsi en inventoriant les papiers d'une personne décédée on trouva un certificat d'inscription de rente sur l'État français au nom de la nièce du *de cujus*. Dans l'espèce il était reconnu qu'il s'agissait d'une libéralité que le défunt avait faite avec ses propres deniers ; sans doute, il avait conservé la possession du titre, mais l'acte accompli n'en était pas moins irrévocable. Le transfert avait pu, il est vrai, être effectué sans l'intervention de celui qui devait en profiter, mais il n'était plus possible de le dessaisir malgré lui du droit que ce transfert lui garantissait. Il n'y aurait donc eu aucun inconvénient à valider une semblable libéralité. Mais la loi est formelle. La donation n'engage le donateur que lorsque le donataire l'a acceptée. Or, dans le cas proposé, il ne pouvait être question d'acceptation d'aucune sorte, puisque le bénéficiaire

n'avait eu connaissance du transfert qu'après le décès du disposant. C'est donc avec raison, au point de vue des textes, que la Cour de Paris a décidé que la personne désignée dans le certificat d'inscription ne pouvait se prévaloir d'aucun droit (1).

On opposait, il est vrai, que la loi du 24 août 1793, ordonnant la formation d'un grand livre pour inscrire et consolider la dette publique non viagère, décide en même temps que ce grand livre sera le « titre unique et fondamental de tous les créanciers de la République ». Or, ne faut-il pas conclure de là que le certificat d'inscription fournit au crédirentier un titre à la fois nécessaire et suffisant? Il n'a droit, pourrait-on dire, qu'à la condition d'être inscrit, mais en revanche, lorsqu'il est inscrit, son droit, pas plus que celui de ses ayants-cause, ne saurait être contesté. L'extrait du grand livre devient ainsi quelque chose de semblable à ce certificat que le *Registrar general* délivre au propriétaire foncier dans le système Torrens : il porte en lui-même la preuve de sa validité.

Mais on répond que les règles spéciales aux rentes sur l'État n'ont jamais eu en vue que le seul intérêt du Trésor, et que les prescriptions relatives aux incapacités, aux donations, aux successions s'appliquent aux rentes comme à toute autre espèce de biens (2).

Il faudrait donc une loi spéciale pour que, dans les cas analogues à celui qui vient d'être examiné, la volonté unilatérale d'un donateur pût produire un effet utile. Il pourrait sans inconvénient en être ainsi, dans un système qui ferait dépendre l'existence du droit de propriété immobilière de la seule inscription du titulaire de ce droit sur un registre spécial.

(1) Paris, 25 mars 1891, S. 92, 2, 129 et la note ; *Contrà*, Cass. 24 juill. 1844, S. 44, 1, 787.

(2) Voy. Charmont, *Examen doctrinal*, *Revue critique*, 1893, p. 65 et suiv.

5. Il ne suffit pas que la volonté de donner se produise dans la forme d'un contrat, il faut encore qu'elle entraîne à l'égard du donateur le dépouillement *actuel* et *irrévocable* de la chose donnée.

Le dépouillement actuel dont il s'agit se réfère uniquement aujourd'hui soit au dépouillement du droit réel ou du droit de créance qui fait l'objet de la donation, soit à la naissance actuelle au profit du donataire d'un droit de créance contre le disposant. Il n'implique pas le moins du monde le dessaisissement matériel de la chose donnée au moyen d'une tradition réelle ou feinte, et ne met pas obstacle à ce que la donation soit faite à terme ou sous une condition casuelle, suspensive ou résolutoire.

Il faut de plus que ce dépouillement actuel soit irrévocable, c'est-à-dire que le donateur ne peut subordonner la donation à une condition dont l'accomplissement serait potestatif de sa part, c'est-à-dire dépendant de sa volonté.

L'actualité et l'irrévocabilité de la donation se rattachent d'ailleurs au même principe exprimé par la règle coutumière : *donner et retenir ne vaut*. D'après l'art. 274 de la coutume de Paris : « C'est donner et retenir quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose par lui donnée, ou qu'il demeure en possession jusqu'au jour de son décès. » Par conséquent, d'après l'ancien droit commun de la France, pour qu'une donation fût valable il fallait, comme aujourd'hui, que le donateur ne gardât nul moyen de reprendre ou de restreindre sa libéralité ; *il fallait de plus qu'il l'eût mise à exécution avant sa mort, qu'il eût transmis au donataire la possession de la chose donnée* (1).

Pourquoi en était-il ainsi? Parce que, suivant l'opinion exprimée par un grand nombre d'auteurs qui ont écrit sur

(1) Voy. DESJARDINS, *Recherche sur l'origine de la règle : donner*, etc. *Revue critique*, 1868, p. 208.

le droit coutumier, la donation à l'origine n'était pas un contrat et se traduisait par le fait d'une dation ou tradition immédiatement acceptée. Par conséquent, tout étant consommé sur-le-champ et à l'heure même, il n'en résultait aucune obligation civile, ni par conséquent aucune action (1).

Donc, si le donataire retient ce qu'il donne, il ne se dépouille qu'en apparence, c'est-à-dire qu'il ne donne point. Aussi arrivait-il quelquefois que les donateurs laissaient un serviteur ou des meubles sur les biens donnés, pour en retenir ainsi la possession. Les héritiers réclamaient ensuite comme si le bien n'avait jamais été donné. Cela revenait à reconnaître ou bien que le donateur n'avait jamais voulu faire un acte sérieux, ou bien qu'il avait implicitement révoqué sa libéralité en ne livrant pas entièrement la chose donnée. Les jurisconsultes déclarèrent alors que la tradition pour être réelle devait être complète. Ils assurèrent ainsi l'irrévocabilité de la donation. Mais dans quelques coutumes il suffisait d'une tradition feinte (2).

La règle *donner et retenir ne vaut* finit alors par revêtir une autre signification. La convention de donner suivie d'une tradition feinte, devint irrévocable au même sens que les conventions ordinaires, telles que la vente, l'échange, le louage; c'est-à-dire que l'une des parties ne pouvait pas détruire unilatéralement l'avantage résultant de la convention. Mais, suivant une observation fort juste (3), cette vérité qu'on jugeait inutile d'exprimer à propos de la vente, de l'échange, etc., était si souvent méconnue à l'égard des donations entre-vifs, qu'on jugea indispensable de la mettre en relief dans cette matière. De sorte que le principe de l'irrévocabilité qui, malgré sa généralité, n'était exprimé qu'à propos de la donation, finit par paraître spécial à la donation.

(1) Voy. les autorités citées par DESJARDINS, *loc. cit.*, p. 212 et s.
(2) POTHIER, *Donation entre-vifs*, sect. II, art. 11, § 1.
(3) DESJARDINS, *loc. cit.*, n° 24.

Or, comme il était impossible de ne pas reconnaître que les autres conventions étaient irrévocables *par nature*, mais non *par essence*, on se persuada que les donations étaient irrévocables *par essence*, c'est-à-dire que le donateur ne pouvait, par aucune clause ni réserve quelconque, subordonner la donation à une condition dont l'accomplissement serait potestatif de sa part, c'est-à-dire dépendant de sa volonté. C'est avec cette signification que la maxime : *donner et retenir ne vaut*, après avoir inspiré l'Ordonnance de 1731 a été acceptée sans contestation par le Code civil. Par conséquent une règle faite d'abord pour assurer le respect des conventions, paraît aujourd'hui ne pouvoir produire d'autre effet que d'en restreindre la liberté.

Aussi, en a-t-on proposé l'abrogation (1). Mais n'y a-t-il pas ici une équivoque? La liberté des conventions ne doit évidemment subir aucune restriction dans les contrats où les parties ont une situation égale et semblable, comme, par exemple, dans l'échange. En est-il ainsi dans la donation? Que la donation soit spontanément offerte par le donateur, ou qu'elle soit sollicitée par le donataire, ce dernier est toujours dans une situation subordonnée à l'égard du donateur, et ne pourra éviter l'insertion de clauses qui, en réservant au donateur le moyen de revenir arbitrairement sur sa libéralité, mettront le donataire sous la dépendance de ce dernier. Une donation révocable aurait pour effet naturel d'asservir indéfiniment la liberté du donataire, toujours exposé à déplaire au donateur. Il semble donc légitime de maintenir, à ce point de vue, des prescriptions qui, historiquement, peuvent avoir été inspirées par des considérations d'un autre ordre.

6. D'ailleurs celui qui n'entend se dépouiller ni actuellement, ni irrévocablement n'a qu'à recourir au testament.

En effet :

(1) BATBIE, *Correspondant*, livraison du 25 janv. 1866, p. 101.

ART. 895. Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer (*).

Nous verrons plus tard que le testateur peut disposer soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté (art. 967).

L'effet direct de toute disposition testamentaire est de dépouiller l'héritier *ab intestat*, sauf l'application, s'il y a lieu, des règles concernant la réserve. Il est dépouillé de la totalité, si le testateur a désigné un légataire universel, soit sous cette dénomination, soit sous celle d'héritier; il est dépouillé d'une quote-part, si le testateur a désigné un légataire à titre universel, il est dépouillé seulement de l'objet légué, si le testateur s'est borné à faire un legs particulier.

On peut concevoir qu'il y ait concours entre un héritier *ab intestat* appelé à succéder *in universum jus* et un légataire à titre universel ou à titre particulier. Mais il n'est pas possible de concevoir qu'il puisse y avoir concours entre le légataire universel ou l'héritier institué et l'héritier légitime. Ce dernier sera exclu.

Il est impossible, disons-nous, que l'*universum jus defuncti* puisse être réclamé en même temps par un héritier testamentaire et un héritier légitime. La désignation du premier emporte forcément l'exclusion du second. C'est ce résultat qui était autrefois exprimé par la règle : *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest.* Cette règle était fondée sur la nature même des choses : *earum rerum naturaliter inter se pugna est*, disait Pomponius (1), et n'avait pas pour but, comme on le dit quelquefois, d'empêcher qu'on disposât seulement d'une partie de ses biens.

(*) Art. 895. — ULP., *Reg.*, 20, 1.
(1) L. 7, D. 50.

Nous en verrons plus tard, à propos de l'art. 967, d'importantes applications (1).

7. Le testament est un acte purement unilatéral, le bénéficiaire n'a pas à intervenir comme dans la donation qui est un contrat. En outre le testament ne produit effet qu'à la mort du testateur et il est toujours révocable, tandis que la donation produit un effet actuel et irrévocable.

Mais ces deux modes de disposer à titre gratuit sont soumis l'un et l'autre à des formes prescrites à peine de nullité. Il y a néanmoins, à cet égard, une importante précision à faire : l'emploi des formes solennelles n'est pas prescrit de la même façon pour les deux espèces d'actes.

Ainsi, d'après l'opinion qui a prévalu, les donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux sont valables, pourvu qu'elles remplissent les conditions exigées pour le contrat qui a servi au déguisement. On fait remarquer en effet que lorsqu'il s'agit d'une donation la solennité n'est imposée qu'à l'acte qui la constate, à l'écrit dressé pour en constater l'existence, mais non à la donation considérée en elle-même et comme convention : *tous actes* portant donation, dit l'art. 931, seront passés devant notaires... Donc l'intervention du notaire n'est pas nécessaire si on trouve le moyen de réaliser la libéralité sans dresser un acte exprès pour la constater.

Il n'en est pas de même pour les legs. La loi n'admet comme legs que les dispositions testamentaires. Les legs sont toujours définis comme étant des dispositions testamentaires ou comme étant faits par un testateur (art. 1002, 103, 1010, 1014). Il ne peut donc pas exister de legs sans testament. Or un testament est un acte solennel qui ne peut être fait que dans l'une des formes réglées par la loi. Donc,

(1) Voy. MASSOL, *De la règle : nemo pro parte. Recueil de l'Académie de législ. de Toulouse*, 1866, p. 429.

si l'on avait cherché à déguiser un legs sous la forme d'un acte entre-vifs, une telle disposition ne serait valable que si les conditions voulues pour l'existence d'un testament se trouvaient remplies.

Ainsi un écrit, d'ailleurs daté, avait été rédigé de la manière suivante : à ma mort ma fille paiera à ma sœur ou à son ordre, la somme de... valeur reçue comptant. On a jugé que cet acte contenait une libéralité qui, payable au décès de la signataire, mais sans engagement personnel de sa part, et mise à la charge de son héritière, constituait un legs à titre particulier. Mais comme le corps de l'acte n'avait pas été écrit par la personne qui l'avait signé, les formes voulues pour que l'acte pût valoir comme testament olographe, faisaient défaut, et la libéralité fut annulée (1). L'interprétation donnée par les juges au billet litigieux est assurément fort contestable, et nous aurons l'occasion de revenir sur les difficultés qu'elle soulève. Pour le moment nous avons voulu citer l'espèce, uniquement pour montrer que, selon l'opinion commune, les solennités requises en matière de dispositions à titre gratuit n'ont pas le même objet dans les donations et les testaments.

§ 2. — Modalités. Des substitutions prohibées.

8. — Aperçu des modalités diverses pouvant affecter une disposition à titre gratuit; du terme.
9. — De la condition suspensive ou résolutoire.
10. — De la condition de conserver à charge de rendre.
11. — Des substitutions fidéicommissaires dans l'ancien droit.
12. — Prohibition de ces substitutions dans le droit moderne, art. 896 ; exception consacrée par l'art. 897.
13. — Caractères des substitutions prohibées.
14. — Nécessité de deux dispositions distinctes.
15. — De la fiducie.

(1) Pau, 4 mars 1890 et Cass. 25 nov. 1890, D. 91, 1, 421 ; Voy. Planiol, *Examen doctrinal*, *Revue critique*, 1892, p. 526.

16. — Des fidéicommis et legs conditionnels.
17. — Les deux libéralités doivent porter sur la propriété des mêmes biens. Théories diverses sur ce point.
18. — Le grevé peut être l'héritier *ab intestat* du disposant.
19. — De l'obligation de conserver jusqu'au décès.
20. — De la prohibition d'aliéner.
21. — De la clause permettant l'aliénation *en cas de besoin.*
22. — Du fidéicommis *de residuo.*
23. — Autorisation d'aliéner accordée au grevé.
24. — Obligation de rendre à une personne déterminée.
25. — De la clause de retour stipulée au profit des héritiers du disposant,
26. — Ou au profit du disposant lui-même, et en même temps d'un tiers ou de ses héritiers.

8. Les dispositions à titre gratuit peuvent, en principe, être faites à terme ou sous condition, ou sous toute autre modalité qu'il convient au disposant d'adopter.

Le terme peut être certain ou incertain.

Il peut avoir été indiqué comme devant être le point de départ de la transmission d'un droit (*Dies a quo*);

Il peut avoir été indiqué comme devant être extinctif de ce droit (*Dies ad quem*).

Ainsi on pourrait concevoir que le disposant ait voulu attribuer au bénéficiaire une propriété temporaire, en édictant une extinction non rétroactive laissant intacts les droits réels concédés par le bénéficiaire pendant la durée de sa propriété intérimaire (Voy. t. IV, n° 89); à l'arrivée du terme extinctif, les biens donnés, ou ce qui en resterait, feraient retour, tels quels, au disposant ou à ses héritiers naturels.

La mort du bénéficiaire peut être envisagée comme devant constituer le terme extinctif de son droit.

Le disposant pourrait-il, tout en envisageant ainsi le terme extinctif, faire défense au bénéficiaire d'aliéner d'une manière quelconque durant sa vie entière? Nous avons déjà vu que toute prohibition perpétuelle d'aliéner est nulle, et que la jurisprudence a seulement admis certaines prohibi-

tions purement temporaires (Voy. t. IV, nos 78, 79, 85 et suiv.).

Donc celui qui ne voudra pas permettre au bénéficiaire d'aliéner la propriété durant sa vie entière, ne pourra obtenir un tel résultat qu'en faisant simplement une disposition en usufruit.

9. Le disposant peut également subordonner sa libéralité à une condition suspensive ou résolutoire.

Dans le cas de condition résolutoire, l'accomplissement de la condition ayant un effet rétroactif, produit ce résultat que le bénéficiaire est à considérer comme n'ayant jamais été propriétaire des biens compris dans la libéralité. Ces biens devront faire retour au disposant ou à ses héritiers.

Dans le cas de condition suspensive, le droit du bénéficiaire sera en suspens jusqu'à l'accomplissement de la condition; mais l'arrivée de la condition ayant encore un effet rétroactif, il sera censé avoir été propriétaire du jour de la libéralité, et par conséquent il aura dû avoir, dès cette époque, la capacité de recevoir. Si la condition vient à défaillir, les biens ne seront pas sortis du patrimoine du disposant ou de ses héritiers.

Enfin, on peut concevoir que le disposant ait voulu combiner une condition suspensive avec une condition résolutoire. Ainsi, il a attribué certains biens à une personne sous condition résolutoire, et pour le cas où l'événement envisagé comme résolutif s'accomplirait, il a attribué les mêmes biens à une autre personne; l'événement serait alors considéré comme suspensif à l'égard de cette dernière.

Quoi qu'il advienne, les biens, dans cette hypothèse, seront toujours sortis du patrimoine du disposant. Ils demeureront définitivement la propriété du premier bénéficiaire si la condition, résolutoire vis-à-vis de lui, ne s'accomplit pas; ils demeureront la propriété du second si la condition, suspensive à l'égard de ce dernier, s'accomplit.

L'événement, ainsi envisagé comme condition, peut con-

sister dans la *survie* du second bénéficiaire par rapport au premier. Ainsi le disposant peut attribuer certains biens à une personne sous la condition résolutoire que cette personne décédera avant une autre qui aura, dans ce cas, le droit de les recueillir. Cette dernière se trouvera ainsi gratifiée sous la condition suspensive qu'elle survivra à l'autre. Mais pour que cette combinaison soit possible, il faut supposer que le bénéficiaire ainsi appelé en cas de survie sera conçu à l'époque soit de la donation entre-vifs, soit du décès du testateur, selon que la libéralité résultera d'une donation entre-vifs ou d'un testament.

10. Le disposant ne pourrait-il pas cependant trouver une autre combinaison qui lui permette de faire normalement arriver ses biens à une personne non encore conçue au moment soit de la donation, soit de sa mort, en employant comme intermédiaire un individu qui resterait propriétaire jusqu'au moment de son propre décès, mais sans pouvoir aliéner?

Ainsi, le donateur ou testateur pourrait-il imposer à celui qu'il veut gratifier, l'obligation de conserver la chose donnée, en propriété, jusqu'à son décès, pour la transmettre à cette époque, toujours en propriété, à une ou plusieurs personnes ainsi gratifiées en second ordre, et qui n'auraient besoin de remplir les conditions de capacité voulues pour recevoir, qu'au moment du décès de celui qui a été gratifié en premier lieu?

Les principes les plus certains ne permettent pas de sanctionner un tel résultat, en effet:

D'abord la combinaison dont il s'agit édictant à l'égard du premier gratifié l'obligation de *conserver* les biens pour les *rendre* à un autre, a pour résultat de frapper ces mêmes biens d'inaliénabilité pendant toute sa vie. Or, nous venons de rappeler que si on peut, à la rigueur, admettre les clauses d'inaliénabilité temporaire, il n'est pas possible de valider

une clause d'inaliénabilité devant produire son effet durant la vie entière de celui qu'on a prétendu rendre propriétaire.

En second lieu, quand une personne est appelée à recueillir certains biens à titre gratuit, il faut qu'elle remplisse les conditions de capacité, au moment de la donation ou au moment du décès du testateur. Si donc il suffisait qu'elle remplît ces conditions à une époque postérieure, et spécialement au décès de celui qui a été gratifié en premier lieu, cela prouverait qu'elle succède, non pas au disposant lui-même, mais à celui qui, ayant été gratifié en premier lieu, a été chargé de conserver les biens *pour les lui rendre*.

Enfin, dans cette même hypothèse, le premier bénéficiaire aurait, quant aux biens faisant l'objet de la libéralité, un successeur non choisi par lui, quoiqu'on l'ait déclaré propriétaire, mais un successeur ou héritier désigné par le disposant, de sorte qu'en définitive, le disposant a prétendu régler le sort des biens envisagés, non pas seulement après lui-même et dans sa propre succession, mais encore après son donataire ou légataire et jusques dans la succession de celui-ci, et même encore au-delà, pendant plusieurs séries de générations s'il lui a plu de rédiger sa libéralité dans ce sens (1) !

Il est manifeste que les principes juridiques ne permettent pas de porter une atteinte aussi flagrante à la liberté de la propriété, et de reconnaître à un propriétaire actuel la faculté de détruire ainsi *le droit de disposer* dans la personne de ceux qu'il appelle à lui succéder.

11. C'est néanmoins un tel système qui formait l'une des bases de l'ancien régime. On admettait avant la Révolution que la combinaison que nous venons d'analyser, et dont aucun des éléments considéré en soi n'était valide, pouvait cependant, si tous ces éléments étaient réunis, constituer

(1) Voy. DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 86.

une modalité acceptable, et produire des effets utiles sous la dénomination de *substitution fidéicommissaire !*

On prétendait justifier l'usage de ces substitutions, en invoquant la convenance et même la nécessité de *conserver les biens dans les familles*. Mais la formule adoptée dissimulait la vérité. Jamais on ne s'est préoccupé de la *conservation des biens dans les familles*. Mais seulement, ce qui est tout autre chose, de la conservation des biens *dans certaines familles*. C'est-à-dire qu'on sacrifiait à l'intérêt de certaines familles existant déjà, les familles nouvelles qui avaient, elles aussi, le droit légitime de se développer.

L'institution purement aristocratique dont nous parlons avait été empruntée au droit romain qui, sous le nom de *fidéicommis*, admettait l'efficacité de certaines dispositions par lesquelles un testateur priait son héritier ou son légataire de restituer à une autre personne la totalité ou quelques-uns des biens héréditaires, soit immédiatement, soit à une époque déterminée ou sous condition, soit même au décès de l'héritier ou du légataire (*post mortem*).

La loi finit par sanctionner, sous certaines restrictions, les fidéicommis, qui d'abord avaient eu pour but principal d'élucider les dispositions légales édictant certaines incapacités de recevoir.

Les provinces de droit coutumier comme celles de droit écrit adoptèrent une institution qui, par sa combinaison avec le droit d'aînesse et de masculinité complétait un système de législation fait uniquement pour une minorité privilégiée. Montesquieu déclare sans hésitation que les substitutions ne sont utiles que dans une monarchie, à la condition de n'être permises qu'aux nobles (1).

Les fidéicommis *post mortem* furent principalement usités, et formèrent la règle générale, alors qu'en droit romain ils

(1) *Esprit des lois*, liv. V, chap. IX.

constituaient l'exception. Les fidéicommis présentèrent alors, presque toujours, ce caractère de prétendre attribuer au premier gratifié un droit destiné à reposer sur sa tête durant sa vie entière, pour s'éteindre à son décès; le droit du second gratifié ne s'ouvrant, comme dans le cas d'une véritable succession, qu'au décès du premier.

L'ordre successif, ainsi artificiellement créé, apparut désormais comme un élément presque inséparable des dispositions fidéicommissaires, à ce point qu'il était présumé et sous-entendu quand le disposant n'avait pas exprimé une intention contraire.

Bien souvent le disposant, au lieu d'organiser une seule restitution, imposait au substitué l'obligation de conserver lui-même les biens pour les rendre à un second, lequel à son tour les rendrait à un troisième, et ainsi de suite. On pouvait ainsi établir des substitutions *graduelles* et même *perpétuelles* embrassant dans l'avenir une suite indéfinie de générations.

Les ordonnances royales cherchèrent en vain à limiter le pouvoir de substituer; le dernier bénéficiaire affranchi de l'obligation de rendre, renouvelait presque toujours la substitution qui, en fait, devenait ainsi indéfinie quant à sa durée.

12. Une prohibition radicale pouvait seule faire disparaître une institution, sans bases juridiques sérieuses, et dont les inconvénients au point de vue politique et économique étaient intolérables. Ce fut l'œuvre de la Révolution.

La loi du 14 novembre 1792 déclara que toutes les substitutions étaient interdites et prohibées pour l'avenir.

Le Code civil a consacré le principe de cette juste prohibition, mais avec certaines restrictions :

ART. 896. Les substitutions sont prohibées. — Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué, ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué, ou

du légataire. — Néanmoins les biens libres formant la dotation d'un titre héréditaire que le Roi aurait érigé en faveur d'un prince ou d'un chef de famille, pourront être transmis héréditairement, ainsi qu'il est réglé par l'acte du 30 mars 1806 et par celui du 14 août suivant.

Cette dernière disposition fut ajoutée au texte primitif dans l'édition de 1807; nous verrons plus loin qu'elle a été abrogée en 1835.

Le droit romain reconnaissait trois sortes différentes de substitutions :

1° La substitution *vulgaire*, par laquelle une personne est appelée à recueillir le bénéfice d'une disposition, pour le cas où une autre personne appelée en premier lieu ne pourrait ou ne voudrait en profiter;

2° La substitution *pupillaire*, par laquelle un père de famille, après avoir institué ses enfants impubères, dispose que si ces derniers décèdent avant d'avoir atteint la puberté, leur hérédité appartiendra à d'autres héritiers appelés *substitués pupillaires;*

3° La substitution *quasi-pupillaire* ou *exemplaire*, par laquelle un ascendant, après avoir institué son fils en démence, disposait de l'hérédité de ce dernier pour le cas où il décéderait avant d'avoir recouvré la raison.

Ces deux dernières substitutions, après avoir été admises dans les pays de droit écrit, furent expressément abolies par la loi du 17 nivôse an II; leur abolition a été maintenue par cela seul que le Code ne les a pas rétablies.

Quant à la substitution vulgaire, elle est formellement autorisée par l'art. 898.

Donc la prohibition prononcée par l'art. 896 concerne seulement les *fidéicommis* présentant comme caractère constant *l'ordre successif*, et formant une classe spéciale désignée sous la dénomination de *substitutions fidéicommissaires*, ou même simplement de *substitutions*, dans lesquelles le fiduciaire prend le nom de *grevé*, et le fidéicommissaire celui d'*appelé* ou de *substitué*. La prohibition dont il s'agit ne doit

donc pas s'étendre au fidéicommis simple ou fiducie, comme nous le verrons bientôt.

Enfin la loi mentionne encore une autre exception à la prohibition qu'elle édicte :

Art. 897. Sont exceptées des deux premiers paragraphes de l'article précédent les dispositions permises aux pères et mères et aux frères et sœurs, au chapitre VI du présent titre.

13. La substitution fidéicommissaire prohibée par l'art. 896 doit être définie :

Une clause par laquelle le donateur ou testateur prétend imposer à celui qu'il gratifie l'obligation stricte de conserver la chose donnée en propriété jusqu'à son décès, pour la transmettre à cette époque, toujours en propriété, à une ou plusieurs personnes ainsi gratifiées en second ordre.

Il résulte de cette définition que pour qu'il y ait substitution prohibée, il faut :

1° Que la disposition renferme deux donations ou legs des mêmes biens, en propriété suivant l'intention du donateur, et adressées à deux personnes différentes appelées à les recueillir l'une après l'autre;

2° Que le premier bénéficiaire ait été chargé par l'acte de disposition de conserver les biens donnés jusqu'à sa mort;

3° Afin de les rendre à cette époque à une personne déterminée;

4° Que cette charge constitue, dans la pensée du disposant, une obligation juridique.

Par conséquent chaque fois qu'une disposition présentera tous les caractères qui viennent d'être indiqués, il sera certain que la substitution prohibée existe, et que l'acte doit être annulé, quels que soient d'ailleurs les termes ou dissimulations employés par le disposant (1). Si au contraire un seul de ces caractères fait défaut, c'est-à-dire ne résulte ni explicitement, ni implicitement de la teneur de la disposition, il

(1) Aix, 27 juin 1881, S. 84, 2, 173.

n'y aura pas substitution prohibée, et l'art. 896 ne sera pas applicable.

Il faut, en cette matière, distinguer nettement entre la question de droit et la question de fait. Le point de savoir si une disposition présentant certains caractères reconnus constants, rentre ou ne rentre pas dans les prévisions de l'art. 896 constitue une question de droit dont la solution est soumise au contrôle de la Cour de cassation.

Au contraire, le point de savoir si une disposition litigieuse présente réellement les éléments d'une substitution prohibée, soulève une question de fait dont l'appréciation rentre dans l'office du juge. Les juges du fait ont un pouvoir souverain pour interpréter à ce point de vue les actes de disposition et rechercher quelle a été la véritable intention du disposant (1), sans que ce pouvoir leur permette cependant de dénaturer les clauses d'un acte pour les remplacer par d'autres arbitrairement supposées (2). Si les expressions employées par le disposant présentent de l'ambiguïté, le doute devra être levé en faveur de la validité (3).

14. Abordons maintenant l'examen détaillé de chacun des éléments dont la réunion constitue une substitution prohibée.

Il faut d'abord que la disposition envisagée renferme deux donations ou deux legs.

Les deux libéralités doivent être combinées de telle sorte qu'il apparaisse que l'intention du disposant n'a pas été d'appeler les deux gratifiés, l'un à défaut de l'autre, comme dans le cas de substitution vulgaire, ou simultanément, mais l'un après l'autre dans un certain ordre.

Les deux gratifiés doivent donc se trouver compris l'un et l'autre dans l'institution émanée du disposant. Donc si une

(1) Cass. 5 janv. 1887, D. 87, 1, 186.
(2) Cass. 7 janv. 1889, D. 89, 1, 11.
(3) Cass. 6 fév. 1889, D. 89, 1, 69.

personne seulement avait été directement instituée, et si une autre personne avait été seulement désignée dans une condition prévue par le disposant, il n'y aurait pas deux libéralités. Par exemple si le disposant avait dit : « J'institue Pierre s'il donne tant à Paul, et si Pierre n'est pas mon héritier, je lui substitue Paul », il n'y aurait pas substitution fidéicommissaire, car Paul nommé dans la condition n'est pas compris dans l'institution (1).

Si le disposant avait prétendu donner à l'institué la faculté d'élire à son choix, avec une liberté illimitée, un légataire pour recueillir les biens donnés, il n'y aurait pas en réalité double institution ; mais la clause contenant la faculté d'élire serait réputée non écrite par application de l'art. 900, car le choix du légataire doit émaner du testateur lui-même et porter sur une personne certaine.

Mais si la faculté d'élire le ou les appelés était limitée par un choix à faire entre certaines personnes désignées nominativement, ou même entre certaines personnes non désignées individuellement dans l'institution, mais comprises dans une catégorie nettement déterminée, telle par exemple que la famille, il y aurait substitution prohibée, et l'acte devrait être annulé dans son entier (2).

15. La circonstance que deux libéralités sont nécessaires pour constituer une substitution prohibée empêche de confondre le fidéicommis simple, ou fiducie, avec la substitution. On appelle fiducie la clause par laquelle un légataire apparent a été institué pour garder en dépôt les biens légués, et les administrer jusqu'au moment où remise devra en être faite au véritable légataire. Un donataire peut également être

(1) Furgole, cité par Laurent, t. XIV, n° 398 ; Aubry et Rau, § 694, n° 13.

(2) Laurent, t. XIV, n°s 405 et 406 ; Nîmes, 1er avril 1873, rapporté dans la *Revue critique*, 1873, *Examen doctrinal*, p. 584 ; Cass. 10 fév. 1891, S. 91, 1, 105 ; *Contrà :* Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 679.

astreint à conserver les biens donnés pour les remettre à un tiers (art. 1121). Le simple fidéicommis est donc valable et ne cesse de l'être que lorsqu'il a pour but de faire parvenir une libéralité à une personne incapable par l'entremise d'une personne capable.

16. Dans le fidéicommis simple, il n'y a qu'un seul gratifié, le légataire. Quand ce fidéicommis est fait sans terme ni condition, il n'a pas même l'apparence d'une substitution. On peut trouver qu'il en est autrement dans le cas de terme ou de condition, puisque ne devant acquitter le legs qu'à l'échéance du terme ou à l'arrivée de la condition, il est, à ce point de vue, chargé de conserver la chose pour la rendre. Mais, en réalité, il n'y a ni institué, ni substitué. Celui à qui la chose doit être remise est seul légataire, à terme ou conditionnel, dès le moment de la mort du testateur.

Quant au fidéicommis conditionnel, il faut distinguer : si la condition doit se réaliser pendant la vie du légataire apparent, il y a legs conditionnel; si elle doit se réaliser à sa mort, il y a substitution (1).

Il ne faut donc pas confondre davantage les substitutions avec les legs conditionnels autorisés par l'art. 1040, quand même il s'agirait d'une condition de nature à ne pouvoir se vérifier qu'au décès du gratifié.

D'abord il ne saurait y avoir de difficulté dans le cas de condition suspensive; si la condition, en effet, ne se réalise pas, celui qui espérait être gratifié ne l'a jamais été, il n'y a jamais eu deux libéralités (2).

Si le legs est fait sous une condition résolutoire on dit qu'il doit en être autrement; la propriété, quoi qu'il advienne a fait impression sur la tête de l'héritier ou du légataire. C'est là, ajoute-t-on, un fait que ne saurait effacer la rétro-

(1) LAURENT, t. XIV, n° 456.
(2) Cass. 23 déc. 1879, S. 79, 1, 399.

activité attachée à la condition accomplie, parce que cette rétroactivité est une fiction. Par suite, en fait, et dans la réalité des choses, l'héritier ou le légataire a joué le rôle d'intermédiaire entre le disposant et l'appelé, il y a donc deux libéralités, et par conséquent substitution (1).

Cette solution est difficilement admissible; lorsqu'un legs est fait sous condition résolutoire, il est censé n'avoir jamais existé. Quand la condition prévue se réalise; peu importe qu'elle se réalise du vivant du grevé ou à la mort de l'institué (2), et on ne peut prendre en considération *le fait matériel* de la propriété résolue que pour apprécier le montant des restitutions pouvant en résulter à la charge du grevé.

Par conséquent, lorsqu'il existe en apparence deux libéralités, le juge doit vérifier si, d'après les clauses de l'acte, l'une des libéralités doit être anéantie par l'événement d'une condition; dans ce cas la disposition sera un legs conditionnel et valable à ce titre. Si au contraire les deux libéralités doivent produire leur effet l'une après l'autre, à la mort du premier gratifié, il y aura substitution et par conséquent nullité.

17. Il faut de plus, avons-nous dit, que les deux libéralités portent *en propriété* sur les mêmes biens adressés à ceux qui doivent les recueillir l'un après l'autre. Nous employons ces expressions *en propriété*, par opposition à l'usufruit, car les dispositions portant sur la nue-propriété seulement pourraient présenter les conditions d'une substitution prohibée, aussi bien que celles qui ont pour objet la pleine propriété (3). Mais il ne pourra en être ainsi que dans l'intention du disposant, car alors, même pour les substitutions permises, jamais on ne pourrait considérer le grevé

(1) Cass. 15 mai 1877, S. 77, 1, 264; Conf. BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 682.

(2) LAURENT, t. XIV, n°s 443 à 447, 502.

(3) Cass. 28 déc. 1881, D. 82, 1, 246.

comme ayant été investi, durant sa vie, de la pleine propriété au sens ordinaire de l'expression.

Quelle est, en effet, la condition du grevé quant aux biens qu'il a reçus pour les rendre? Suivant l'opinion traditionnelle il serait propriétaire sous condition résolutoire (1). Mais alors, ainsi que nous venons de le voir, il devrait être considéré, la condition une fois accomplie par la survie de l'appelé, comme n'ayant jamais été propriétaire des biens substitués; l'effet rétroactif de la condition le veut ainsi (art. 1179). Il faudrait donc reconnaître que la disposition faite au profit du grevé s'évanouit pour ne laisser subsister que celle faite en faveur de l'appelé qui serait considéré comme ayant toujours été seul donataire de ces biens; bref il ne resterait plus qu'une seule donation : celle faite au profit de l'appelé. On supprimerait ainsi l'une des conditions qui ont toujours été reconnues nécessaires pour qu'il y eût substitution (2).

Une telle suppression paraissant impossible, on propose de décider que le grevé est propriétaire avec charge de rendre et par suite de *conserver*, ce qui a pour résultat de frapper entre ses mains les biens d'indisponibilité ou mieux d'inaliénabilité, dans l'intérêt des appelés (3). Mais il y a contradiction dans les termes à soutenir qu'un individu est propriétaire d'un bien qui est inaliénable, puisque être propriétaire c'est pouvoir aliéner (Voy. t. IV, n° 77).

Demolombe a une manière un peu différente de tourner la difficulté :

« Non, dit-il, la propriété du grevé n'est pas résoluble dans la vérité juridique des termes, c'est tout simplement une propriété *ad tempus*, qui finit, qui meurt, lorsque la substi-

(1) POTHIER, *Des subst.*, sect. V, art. 2; AUBRY et RAU, § 696-3° et les autorités citées.

(2) LAURENT, t. XIV, n° 562; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 674.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE, *loc. cit.*

tution vient à s'ouvrir, mais qui n'est pas résolue. Elle finit, dis-je; donc elle a duré! elle meurt; donc elle a vécu! Le droit du grevé, en un mot, si j'osais m'exprimer ainsi, *a fait son temps!* et quand le droit de l'appelé s'ouvre et commence, il lui succède, il le continue comme un héritier succède au droit de son auteur et le continue (1). »

Mais quand un héritier succède au droit de son auteur et le continue, on ne peut pas dire que le droit *continué* a existé seulement *ad tempus* et qu'il *a fait son temps*, c'est le propriétaire décédé qui *a fait le sien*.

Toutes ces explications tirées de l'existence d'une propriété résoluble, ou *ad tempus*, ou ne donnant pas le droit d'aliéner sont donc impuissantes à rendre compte rationnellement du mécanisme de la substitution. Aussi les anciens auteurs qui en ont, en quelque sorte, édifié la théorie, ont-ils eu recours à un autre procédé.

Il fallait organiser les choses de manière à ce que l'appelé, tout en recevant un bien du disposant (*substitutus capit a gravante*), parut cependant le recevoir du grevé. Il était en effet indispensable de reculer jusqu'à la mort de ce dernier les conditions de capacité voulues pour l'appelé, sans quoi la substitution n'aurait pu fonctionner. Il fallait donc concilier deux choses contradictoires : faire qu'un individu pût recevoir une chose du disposant, sans être conçu au moment de la libéralité, et cependant le traiter comme s'il était le successeur du grevé en exigeant qu'il fût conçu au moment de la mort de ce dernier.

On crut obtenir ce résultat en inventant l'*ordo successivus*, et en appliquant à la substitution l'idée du *tractus temporis*, ou *trait de temps*.

L'*ordre successif* consiste en ce que le droit de l'appelé ne s'ouvre, de même qu'un véritable droit de succession, qu'au

(1) T. XVIII, n° 94.

décès du grevé. Il suffit donc que l'appelé soit conçu à ce moment.

Or à ce moment *capit a gravante*, et c'est alors qu'intervient le *trait de temps*. Le trait de temps désigne l'intervalle qui doit séparer l'ouverture du droit du grevé de l'ouverture du droit de l'appelé.

« Mais le grevé, dit Demolombe, résumant sur ce point la doctrine ancienne, est et demeure toujours l'intermédiaire entre le disposant et le substitué; il est, comme disaient nos anciens auteurs, *le canal* par lequel les biens substitués arrivent de l'un à l'autre, on pourrait dire qu'il est, en quelque sorte, le *trait d'union* entre eux (1). »

Cette explication schématisante n'explique rien. La vérité est que le grevé remplit une mission que lui a confiée le disposant, et que dans l'intervalle nécessaire pour l'accomplissement de cette mission il a, comme le reconnaissait Bigot-Préameneu dans l'*Exposé des motifs*, une situation analogue à celle d'un simple usufruitier (2).

C'est l'obligation éventuelle de restituer les biens, si la substitution s'ouvre, qui empêche le grevé d'aliéner durant le *trait de temps*. Mais l'aliénation pourra, dit-on, produire son effet si la substitution ne s'ouvre pas (3). Il en résulte que le grevé serait propriétaire sans pouvoir aliéner, ou plutôt qu'il ne pourrait faire que des aliénations subordonnées à la non ouverture de la substitution. Nous reviendrons sur ce point quand nous parlerons des substitutions permises.

Il ne resterait donc qu'une difficulté, celle provenant de ce qu'il suffit que l'appelé, quoique recevant du disposant, soit conçu à une époque postérieure à la donation ou au décès

(1) *Loc. cit.*
(2) LOCRÉ, *Législ. civ.*, t. XI, p. 359-361.
(3) LAURENT, t. XIV, n° 562.

du testateur. Cela est facile à comprendre au point de vue du fonctionnement pratique de l'institution; cela est plus difficile à justifier au point de vue juridique. Mais, *naturalis ratio auctoritate senatûs commutari non potuit* (1), et il est inutile de chercher une explication juridique de ce qui a été reçu *contra rationem juris.*

En résumé il faudra, pour qu'il y ait substitution prohibée, que, *dans la pensée du disposant*, le premier gratifié ait reçu la chose comme devant en devenir propriétaire, car s'il l'avait reçue comme devant en devenir usufruitier, il n'y aurait pas de question, et la disposition ne constituerait pas une substitution (art. 899).

18. Les deux dispositions nécessaires pour qu'il y ait une substitution caractérisée existeraient réellement au cas où le grevé serait précisément l'héritier *ab intestat* du disposant. La charge de rendre imposée à cet héritier modifiant les effets de sa vocation légale est une véritable institution, car c'est par la volonté du défunt, et sous la charge imposée par lui que l'héritier serait désormais appelé à la succession (2). Il y aurait donc lieu d'annuler toute libéralité qui se produirait dans la forme indiquée. Mais il convient d'observer que cette annulation aurait simplement pour effet d'anéantir l'institution implicite faite au profit de l'héritier *ab intestat*, sans enlever à ce dernier sa vocation légale qui lui permettra de venir recueillir les biens (3).

19. Le deuxième élément essentiel de la substitution prohibée, c'est l'obligation ou charge de conserver tout ou partie des biens donnés ou légués jusqu'au décès, afin de les rendre à ce moment à celui qui a été gratifié en sous-ordre.

(1) L. 2 § 1, D. *De usufr. ear. rer.*

(2) Aubry et Rau, § 694, note 12; Demolombe, t. XVIII, n° 91; Demante, t. IV, n° 10 *bis;* Laurent, t. XIV, n° 393; Comp. Aix, 27 juin 1881, S. 84, 2, 173; *Contrà:* Duranton, t. VIII, n° 67.

(3) Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 683, I.

Il n'y aurait pas substitution, si le premier gratifié était chargé de rendre les biens, non à son décès, mais à l'expiration d'un délai déterminé, ou sous une condition susceptible de se réaliser de son vivant.

L'obligation de conserver jusqu'au décès doit porter sur la chose même qui a été donnée ou léguée; il n'y aura donc pas substitution prohibée, si le testateur grève l'institué de la charge de remettre au substitué une chose autre que celle qui lui a été léguée. Il en sera de même au cas où un légataire universel serait chargé de remettre à son décès une somme d'argent à un tiers ou à la famille du testateur. Il ne faut voir dans ces charges que des legs conditionnels ordinaires (1).

Il n'est pas nécessaire que l'obligation de conserver jusqu'à son décès, pour rendre, soit littéralement exprimée en termes formels. Elle peut valablement résulter de toute l'économie de la disposition (2). Elle peut notamment découler de ce qu'une personne a été directement appelée à recueillir le bénéfice de la donation ou du legs au décès du gratifié principal, ce qui implique, à l'égard de ce dernier, l'obligation de conserver, jusqu'à cette époque, pour rendre au gratifié en sous-ordre.

Elle peut résulter encore de la nature même de la disposition; par exemple : quand on a légué à une personne en la chargeant, *si elle ne se marie pas*, de rendre les biens légués à une autre (3), ou encore lorsqu'après avoir légué tous ses biens à Primus, le testateur ajoute : si Primus meurt après moi sans postérité, les biens reviendront à Secundus (4). Dans

(1) Aubry et Rau, § 694, note 31 ; Laurent, t. XIV, nos 407 et suiv. ; Voy. Demolombe, t. XXII, n° 125 ; Demante, t. IV, n° 10 *bis*, II ; Paris, 22 nov. 1876, D. 77, 2, 111 ; Angers, 24 nov. 1871, D. 72, 2, 208.

(2) Aix, 27 juin 1881, S. 84, 2, 173.

(3) Cass. 15 mai 1877, S. 77, 1, 264.

(4) Cass. 28 déc. 1881, S. 82, 1, 155 ; Cass. 16 août 1881, S. 84, 1, 62.

ces hypothèses et autres semblables, le fait envisagé ne pourra évidemment être vérifié qu'à la mort du grevé (1).

20. La charge de conserver équivaut à une prohibition absolue d'aliéner. Mais une prohibition d'aliéner n'emporte pas virtuellement la charge de conserver et de rendre. Une telle clause serait réputée non écrite, la disposition elle-même restant valable. Il n'y aurait substitution prohibée que si la défense d'aliéner la chose était faite dans l'intérêt d'un tiers à qui elle doit revenir (2); si le disposant avait dit, par exemple, que les immeubles objets de la libéralité, ne pourraient être vendus ou échangés par le bénéficiaire principal, la propriété devant en appartenir à la famille à perpétuité (3).

Il n'y aurait pas non plus substitution prohibée, dans le cas où le disposant se bornerait à interdire au bénéficiaire la possibilité d'aliéner hors de la famille, ou de disposer des biens à titre gratuit, ou de les léguer à telle personne déterminée. En effet, dans la pensée du disposant le gratifié resterait maître de disposer des biens entre-vifs, même à titre gratuit (4), il ne serait donc pas tenu de les conserver. Mais la clause pourrait être considérée comme non écrite par application de l'art. 900.

21. Le disposant peut avoir voulu laisser au bénéficiaire principal la faculté d'aliéner, *en cas de besoin*, tout en le chargeant de restituer à son décès, s'il n'y a pas eu nécessité d'aliénation. Y a-t-il, en ce cas, substitution prohibée? L'affirmative est généralement admise pour le cas seulement où le bénéficiaire ne peut aliéner qu'en cas de nécessité constatée, car alors il y a, en principe, obligation de con-

(1) Aubry et Rau, § 694, texte et notes 38 et 39; Demolombe, t. XVIII, n° 156; Laurent, t. XIV, n° 450; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 683, II et III.

(2) Laurent, t. XIV, n°s 462, 463.

(3) Cass. 10 fév. 1891, S. 91, 1, 105.

(4) Aubry et Rau, § 694, note 23; Laurent, t. XIV, n°s 464, 465.

server. Il n'y aurait pas au contraire substitution si le disposant avait entendu laisser le premier gratifié seul juge de ses besoins (1). Il devrait en être ainsi, quand même il paraîtrait que la clause dont il s'agit ne présente aucune éventualité sérieuse à raison de l'âge avancé du grevé et de l'état de sa fortune dont les éléments considérables sont à l'abri des hasards de la spéculation. Il peut en effet se produire bien d'autres causes de ruine, et en définitive le gratifié demeure maître absolu d'aliéner sans être soumis à aucun contrôle.

22. A plus forte raison n'y aura-t-il pas substitution dans la disposition par laquelle un donateur ou testateur charge la personne gratifiée de restituer, à son décès, ce qui lui restera à cette époque des biens donnés ou légués; c'est ce qu'on appelait le fidéicommis *de residuo*, ou *de eo quod supererit*.

Dans l'espèce, la charge de rendre est subordonnée à une condition qui n'a rien de potestatif pour le grevé, consistant en ce que ce dernier n'aura pas usé du droit qui lui est attribué d'aliéner; le grevé n'est donc pas tenu de conserver, et il n'y a pas substitution (2).

Il n'y a pas substitution; donc, il faut maintenir la disposition principale au profit du premier gratifié, et la disposition subsidiaire *de eo quod supererit* au profit du second.

Mais, suivant la juste remarque faite par Demolombe, cette disposition subsidiaire sera maintenue comme une donation entre-vifs ou un legs ordinaire fait au second gratifié, et non comme une substitution qui ne serait pas prohibée. Elle ne peut donc être valable qu'autant que le gratifié conditionnel

(1) DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 139; LAURENT, t. XIV, n° 478; Comp. AUBRY et RAU, § 694, note 30.

(2) AUBRY et RAU, § 694, texte et notes 27 et 28; DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 138; LAURENT, t. XIV, n°s 464, 465 et 483; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 678; Cass. 11 juill. 1877, D. 78, 1, 62; Douai, 18 fév. 1874, D. 75, 1, 171; Pau, 18 janv. 1886, D. 87, 2, 63.

est conçu lors de la donation, s'il s'agit d'une donation entre-vifs, ou lors du décès du testateur s'il s'agit d'un legs. Le fidéicommis *de residuo* contient bien deux libéralités distinctes; mais à la différence de ce qui a lieu dans la substitution, les droits résultant de ces libéralités s'ouvrent au même instant (1). Le droit du premier appelé est immédiat et certain quant à l'émolument qu'il représente; le droit du second appelé est également immédiat et par conséquent transmissible; mais il est incertain quant à son émolument. Le second gratifié est éventuellement appelé à recueillir tous les biens, si le premier n'a pas usé de la faculté d'aliéner; il ne les recueillera qu'en partie, s'il y a eu des aliénations partielles; il ne recueillera rien si les aliénations ont épuisé les biens donnés. Mais sa vocation propre est indépendante de la vocation du premier bénéficiaire. Donc le legs *de residuo* ne devient pas caduc par suite du décès du premier appelé survenu avant le décès du testateur (2).

La disposition que nous examinons est donc valable pour le grevé et pour l'appelé en second ordre.

23. L'étendue des droits du grevé dépend des termes du fidéicommis. Si le testateur permet d'aliéner et de faire tous actes à titre onéreux, le bénéficiaire ne pourra disposer à titre gratuit, ni par donation, ni par testament. Si le disposant lui défend seulement de tester, en lui accordant le droit de disposer entre-vifs comme il voudra, le bénéficiaire pourra même faire une donation. Si le disposant se borne à dire que le gratifié rendra ce qui restera à sa mort des biens donnés ou légués, le bénéficiaire ne pourra, ce semble, disposer des biens par testament ou par acte gratuit, car la faculté de disposer ainsi serait en opposition avec l'intention probable du disposant (3). Il y aura là, en tout cas, une question d'in-

(1) Demolombe, *loc. cit.*, n° 135; Laurent, *loc. cit.*, n°s 479, 480.
(2) *Contrà :* Grenoble, 6 janv. 1880, D. 81, 2, 141.
(3) Laurent, t. XIV, n°s 482, 483; Comp. trib. Gand, 22 octo-

terprétation dont la solution, dans un sens ou dans un autre, ne pourrait donner ouverture à cassation (1). Comme aussi les juges peuvent décider, en interprétant la disposition, que la clause *de eo quod supererit*, surtout quand elle est accompagnée de la prohibition d'aliéner à titre gratuit, a eu pour objet de masquer une véritable substitution.

Les décisions ci-dessus admises impliquent que la défense de tester est considérée comme licite et ne doit pas être réputée non écrite comme constituant une entrave à l'exercice du droit de propriété (2). Elles supposent en outre que la disposition contient une vocation personnelle au profit du gratifié en sous-ordre, et non pas une simple recommandation faite au bénéficiaire principal de lui laisser quelque chose à son décès (3).

Enfin, si une disposition attaquée comme contenant une substitution prohibée était susceptible d'être considérée comme contenant un fidéicommis *de residuo*, elle devrait, de préférence, être entendue en ce sens.

24. Il faut encore pour qu'il y ait substitution prohibée, que l'obligation de conserver soit imposée pour rendre à une personne déterminée. Si aucune personne suffisamment déterminée n'a été désignée, il n'y aura pas de substitution, car pour qu'il y ait substitution il faut qu'il y ait un substitué. C'est ce qui aura lieu quand la disposition aura été faite simplement au profit de celui que le donataire ou légataire choisira; la clause sera réputée non écrite. Si les biens ont été donnés « à la charge de les employer en bonnes œuvres », il n'en résultera qu'une indication ne conférant à personne un droit d'action.

bre 1890, *Pas.*, 91, 3, 91 et la note; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 136.

(1) AUBRY et RAU, § 694, note 29.

(2) Cass. 11 août 1864, D. 64, 1, 468.

(3) Grenoble, 6 janv. 1880, D. 81, 2, 141.

La clause par laquelle le testateur ordonne que ce qui restera des biens au décès du légataire sera employé à acquitter des messes perpétuelles pour le repos de son âme, paraît également de nature à ne conférer à personne un droit d'action. Une Cour a jugé qu'une telle disposition ne constituait pas un legs fait à des personnes incertaines, mais l'emploi d'une somme à la rémunération d'un service rendu (1); mais alors pour assurer cet emploi, l'intervention de la fabrique de l'église paroissiale où le service doit être célébré, semble nécessaire, et par suite cette fabrique doit être considérée comme légataire (2).

La défense d'aliéner, sans indication d'une personne à qui les biens devraient être remis à la mort de l'institué constituerait une condition illicite réputée non écrite (3).

25. Il n'est pas nécessaire que le disposant ait individuellement désigné les personnes gratifiées en second ordre. S'il avait, par exemple, stipulé un droit de retour au profit de ses héritiers, il faudrait admettre qu'il y a substitution prohibée (4). Une telle clause implique en effet une disposition en sous-ordre; du moment que l'héritier qui a d'abord été écarté par la volonté du défunt, ne peut recueillir plus tard les biens compris dans la libéralité, que par l'effet de cette même volonté, il faut nécessairement reconnaître que sa vocation légale originaire se trouve complétement modifiée, que la clause se trouve dans un testament ou dans une donation entre-vifs (5).

On objecte qu'il ne faut voir dans le retour qu'une simple

(1) Pau, 18 janv. 1886, D. 87, 2, 63.

(2) Voy. trib. Gand, 10 juin 1888, *Pas.*, 88, 3, 321; LAURENT, t. XI, n° 235.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 679.

(4) AUBRY et RAU, § 694, texte et note 38; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 683, VI.

(5) DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 111; *Contrà*, DUVERGIER sur TOULLIER, t. III, n° 48, note 1.

condition résolutoire vérifiable au décès du donataire : « La donation étant résolue, les biens donnés reviennent au donateur ou à ses héritiers. Stipuler le retour au profit des héritiers, c'est donc stipuler ce qui arrive, de droit, en cas de résolution de la donation. Il n'y a pas de premier gratifié, puisque la libéralité qui lui a été faite est résolue; il n'y a pas de substitué, car les héritiers auxquels les biens retournent ne sont pas gratifiés, ils auraient reçu les biens en vertu de la résolution, quand même il n'y aurait eu aucune stipulation à leur profit. Donc il n'y a pas de substitution. La clause devrait donc être valable. Mais le Code la prohibe (art. 951), donc elle doit être réputée non écrite (1).

Après avoir ainsi raisonné, M. Laurent finit par reconnaître que : « Si la clause de retour est une condition résolutoire, elle peut il est vrai ne pas être une condition résolutoire; que l'on doit voir ce que le donateur a entendu par le retour qu'il a stipulé : si c'est une résolution, on applique les art. 951 et 900; si ce n'est pas une résolution, il y a substitution et nullité en vertu de l'art. 896 (2). »

Ramenée à ces termes, la difficulté paraît simplifiée : si le disposant avait stipulé le droit de retour au profit d'un tiers, contrairement à ce que permet l'art. 951, il n'y aurait pas de question; tout le monde reconnaît qu'il y aurait dans ce cas substitution prohibée. Or, en stipulant le droit de retour au profit de ses héritiers, le disposant montre bien qu'il a commencé, en les écartant, par les réduire à la condition de tiers par rapport aux biens donnés en premier ordre; il reconnaît qu'une seconde vocation est nécessaire pour leur permettre de recueillir les biens après le premier gratifié. C'est la seule manière de donner un sens rationnel à la classe de retour; il

(1) LAURENT, t. XIV, n° 472; BERTAULD, *Questions pratiques*, n°s 369 et suiv., distingue suivant que le disposant a ou non mentionné formellement la condition de survie.

(2) *Loc. cit.*, n° 473.

n'y a pas résolution, il n'y a *retour* qu'en apparence, en réalité il y a deux dispositions distinctes dans le sens de l'art. 896. La jurisprudence a généralement adopté ce point de vue (1).

26. Supposons maintenant que le donateur a stipulé le droit de retour pour lui-même d'abord, et ensuite pour un *tiers* ou pour *ses héritiers.*

Les deux hypothèses doivent être distinguées : De ce que, par l'effet de la donation adressée au premier gratifié les héritiers du donateur sont devenus des *tiers* par rapport aux biens donnés, il ne s'ensuit pas que l'hypothèse où le donateur a stipulé le droit de retour, pour lui d'abord, et en outre pour ses héritiers, se confonde avec l'hypothèse où il a stipulé le droit de retour pour lui-même et pour un tiers. Dans ce dernier cas, il est admis sans discussion possible que la clause est nulle comme entachée de substitution, il y a double libéralité avec ordre successif (2).

Mais dans le premier cas il en est autrement; les héritiers du donateur sont alors appelés, non comme des tiers donataires en second ordre, mais comme héritiers recueillant dans la succession de leur auteur, et de son chef, soit la chose elle-même qui a été donnée, si le retour s'est accompli au profit de leur auteur, soit le droit éventuel de retour qui lui appartenait, si ce droit ne s'est pas encore ouvert, droit transmissible qu'il leur a laissé dans sa succession avec ses autres biens. C'est donc avec raison que la jurisprudence et la majorité des auteurs ne voient dans cette dernière stipulation qu'une extension illicite du droit de retour devant simplement être réputée non écrite en vertu de l'art. 900 (3).

Enfin, la charge de conserver et de rendre doit, dans l'in-

(1) Voir les arrêts rapportés par LAURENT, *loc. cit.*

(2) DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 112, LAURENT, t. XIV, n° 471.

(3) AUBRY et RAU, § 694; DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 112, III; LAURENT, t. XIV, n° 470; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 683, VI.

tention du disposant, constituer une obligation stricte. Une telle obligation ne saurait résulter d'une simple prière ou recommandation (1). Il n'est pas nécessaire toutefois que le disposant se soit servi des termes mêmes de l'art. 896; la charge impérative de conserver et de rendre peut se produire comme étant la conséquence nécessaire des termes ou de l'ensemble de la disposition (2); comme aussi une clause conçue en termes précatifs pourrait, suivant les circonstances, être considérée comme imposant, dans la pensée du testateur, une véritable obligation juridique de conserver et de rendre (3).

§ 3. — Sanction de la prohibition concernant les substitutions.

27. — Inefficacité de la disposition entière contenant substitution prohibée ; — Questions de divisibilité.
28. — *Quid* si le disposant a déclaré renoncer à la substitution au cas où elle serait contraire à la loi ou simplement attaquée?
29. — Cas où l'une des deux libéralités ne peut naître par l'effet d'un vice qui lui est propre.
30. — Les substitutions prohibées sont inexistantes ; conséquences.
31. — De la preuve en cette matière.
31 *bis*. — A qui doit profiter l'annulation d'une substitution?

27. Dans les cas de substitution prohibée, la loi du 14 novembre 1792 maintenait l'institution et se bornait à annuler la charge de conserver et de rendre. Les rédacteurs du Code ont au contraire frappé de nullité la disposition tout entière,

(1) Cass. 16 mars 1875, D. 75, 1, 483 ; Riom, 30 mai 1881, D. 82, 2, 4.

(2) Aubry et Rau, § 694, texte et note 19 et 21 ; Demolombe, t. XVIII, n° 143 ; Laurent, t. XIV, n°s 457 et suiv. ; Lyon, 3 mars 1871, S. 71, 2, 150.

(3) Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 680 ; Bruxelles, 21 janv. 1886, *Pas.*, 87, 2, 48.

non seulement la libéralité faite au profit du substitué mais encore celle qui est faite au profit du grevé.

Les auteurs font en général observer qu'il y a là une dérogation remarquable au *principe* posé par l'art. 900, qui aurait conduit à considérer l'institution comme valable, la substitution seule étant anéantie en tant que charge ou condition illicite (1).

Cette façon de parler tendrait à faire croire que le vrai *principe* dominant la matière a trouvé sa formule dans la règle de l'art. 900, et que l'art. 896 consacre une solution tout à fait exceptionnelle, et motivée par des considérations d'ordre non juridique. Or, c'est tout le contraire. Il n'est pas logique de scinder les divers éléments d'une disposition, unique en soi, et indivisible dans l'intention du disposant, pour appliquer ensuite à chacun des éléments ainsi séparés les règles qui les concerneraient s'ils se présentaient isolés dans des espèces différentes. Par conséquent toute charge ou condition illicite doit entraîner l'annulation de la disposition entière qui la contient. L'art. 1172 applique cette règle aux contrats à titre onéreux; notre art. 896 l'applique aux actes à titre gratuit contenant une substitution prohibée; les art. 943 à 946 en présentent encore certaines applications aux donations entre-vifs. Enfin d'une manière générale et au point de vue purement juridique, il n'y a aucune raison pour ne pas appliquer la même solution aux dispositions à titre gratuit faites par actes entre-vifs ou par testament. Mais nous verrons bientôt que c'est par l'effet de considérations purement politiques que les actes de cette nature ont été soustraits à l'application d'une règle qui aurait dû être générale. C'est donc l'art. 900 qui, en réalité, déroge aux vrais principes du droit.

(1) Demolombe, t. VIII, n° 174; Baudry-Lacantinerie, t. II, n°s 363, 686; Comp. Laurent, t. XIV, n° 506.

La nullité de la substitution entraîne donc la nullité de l'entière disposition qui la contient. Mais si plusieurs dispositions distinctes et indépendantes l'une de l'autre, sont contenues dans le même acte, la nullité de celle qui sera entachée de substitution n'exercera aucune influence sur le sort des autres. Ainsi un testament contient le legs d'un immeuble avec charge pour le légataire de conserver cet immeuble et de le rendre lors de son décès à un tiers; le même testament contient encore un legs d'un immeuble différent fait purement et simplement à un autre légataire, il est manifeste que la nullité du premier legs ne saurait entraîner la nullité du second (1). Cette solution ne viole pas le principe qu'il ne doit pas être permis de scinder les éléments d'une disposition unique et indivisible, puisqu'on se trouve en présence de deux dispositions distinctes.

Mais la solution devra être différente, si l'on se trouve en présence d'une disposition unique contenant une clause de substitution portant seulement sur une partie des biens légués. Il ne peut être permis de décomposer en deux parties, l'une pure et simple, l'autre entachée de substitution, une disposition dont le caractère saillant est l'unité; procéder ainsi, dit la Cour de cassation, ce serait *énerver* les prescriptions de la loi (2); qui peut d'ailleurs affirmer que le disposant aurait donné à l'institué les biens qu'il ne grève pas de restitution, s'il avait su que la libéralité serait annulée en ce qui concerne les biens par lui grevés de la charge de conserver et de rendre ?

Cependant la majorité des auteurs, et la Cour de cassation elle-même revenant sur sa jurisprudence antérieure, déci-

(1) Cass. 16 mars 1874, D. 74, 1, 354; AUBRY et RAU, § 694, note 56; DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 178; LAURENT, t. XIV, 511; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 688.

(2) Cass. 31 mai 1865, D. 65, 1, 438; Comp. 4 déc. 1865, D. 66, 1, 38; Conf. COIN-DELISLE, art. 896, n° 44; MARCADÉ, sur l'art. 896.

dent que lorsqu'une clause de substitution porte seulement sur une partie des biens légués, la disposition soumise à la charge de conserver et de rendre ne doit être annulée qu'en ce qui concerne les biens grevés, le legs demeurant valable et devant sortir effet pour le surplus (1).

On admet toutefois dans cette opinion, que l'annulation doit porter sur toute la disposition s'il est établi que le disposant a entendu subordonner l'efficacité de la libéralité entière à l'exécution de la charge de conserver et de rendre. Mais n'est-il pas de la dernière évidence que c'est là précisément ce qu'il faut présumer quand un testateur déclare : qu'il lègue tous ses biens à une personne à la charge de conserver et de rendre à sa mort tel immeuble, par exemple, à une autre personne ? Le bon sens proclame qu'en pareille hypothèse, l'annulation ne pourra être partielle que s'il est au contraire établi que le disposant a voulu diviser sa disposition de manière à permettre le maintien de l'institution en cas d'annulation de la substitution.

En résumé, la doctrine que nous repoussons présume la divisibilité d'une disposition dont nous avons dit que le caractère saillant était l'unité, alors qu'il faudrait au contraire en présumer l'indivisibilité, sauf preuve d'une intention contraire de la part du disposant.

28. La même interversion ou confusion, quant à la détermination du champ de la présomption et de celui de la preuve contraire, se produit à l'occasion d'une difficulté nouvelle engendrée par celle qui vient d'être examinée.

Il arrive parfois que le testateur déclare renoncer à la substitution et la supprimer pour le cas où elle serait contraire à la loi. Nous croyons qu'une telle clause est valable et qu'elle a pour effet d'effacer le vice de substitution (2). Mais

(1) Cass. 10 fév. 1891, D. 91, 1, 294 ; Aubry et Rau, § 694 ; Demolombe, t. XVIII, n° 179 ; Laurent, t. XIV, n° 507.

(2) Cass. 5 déc. 1865, D. 66, 1, 36.

nous pensons qu'il faudrait considérer comme non écrite la clause par laquelle le testateur se bornerait à déclarer que : dans le cas où la disposition serait attaquée comme renfermant une substitution, il entend que l'institution ait son effet comme libéralité pure et simple sans charge aucune, ou que la substitution soit maintenue comme libéralité directe, l'institution étant abandonnée (1). On soutient qu'une telle clause doit être valable, excepté dans le cas où le testateur au lieu d'agir de bonne foi, n'aurait eu d'autre but que d'éluder la loi et d'assurer le maintien de la disposition entachée de substitution; on insiste surtout sur ce qu'il n'est pas permis de présumer la mauvaise foi (2). Mais il n'est pas question de présumer la mauvaise foi, il faut prendre la clause envisagée telle qu'elle se présente; il est de toute évidence qu'elle a pour objet d'enlever aux héritiers du disposant tout intérêt à attaquer ses dispositions. Le disposant peut avoir été de bonne ou de mauvaise foi, peu importe, quant au point spécial de savoir si sa disposition en elle-même, est ou non entachée de substitution; il a pu être dans le doute à cet égard. Mais un point est certain, c'est que dans toute hypothèse, et notamment pour le cas où l'expression de sa volonté aurait abouti, à son insu, à une substitution prohibée, il a voulu enlever à ses héritiers tout intérêt à l'attaquer en neutralisant leur liberté d'action. Cela suffit. Peu importe qu'il existe d'autres personnes ayant intérêt à faire déclarer la nullité. Le résultat envisagé par le disposant à l'égard de ses héritiers qui sont les principaux intéressés est en contradiction manifeste avec le but de l'art. 896.

Il n'y aurait aucune difficulté, remarquons-le, si le testateur avait ajouté une clause pénale proprement dite pour empêcher

(1) DURANTON, t. VIII, n° 84; AUBRY et RAU, § 694, note 61.

(2) DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 188; MARCADÉ sur l'art. 896; LAURENT, t. XIV, n°s 517 et 518; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 689.

ses héritiers d'attaquer ses dispositions pour cause de substitution, s'il avait dit par exemple : « Je lègue ma ferme à Primus, et je le charge de la conserver et de la rendre, après sa mort, à Secundus. Si mon héritier demande la nullité de cette disposition, je lègue à Primus ma ferme sans aucune charge, ou même je lègue à Primus la totalité de mes biens. » C'est l'exemple rapporté par Demolombe (1). Une telle clause serait réputée non écrite. Or, pour éviter un tel résultat, il suffirait, d'après la doctrine que nous combattons, de rédiger la même libéralité en termes moins explicites mais conduisant au même but, et d'ajouter ensuite : « S'il arrivait à mon insu que ces dispositions pussent être considérées comme une substitution, je déclare m'en départir et je lègue à Primus ma ferme, etc... » Cette rédaction hypocrite assurerait la validité de la clause ! Y a-t-il donc une différence sensible entre cette espèce de clause et la clause pénale proprement dite ? Demolombe convient que la différence offre dans l'application quelque incertitude !....

29. Les difficultés que nous venons d'examiner supposent, il faut le remarquer, que les deux libéralités dont la simultanéité d'existence forme la substitution, coexistent, en effet, de telle sorte que, si les substitutions étaient permises au lieu d'être prohibées, les deux libéralités seraient, en soi, juridiquement valables. La nullité indivisible provient donc uniquement de ce qu'il y a eu deux libéralités se produisant dans les conditions prévues par l'art. 896, et atteintes d'un vice qui leur est commun.

Or, il n'en sera plus ainsi lorsque l'une des deux libéralités, en les envisageant au moment où leur coexistence devrait avoir lieu, ne peut pas naître par l'effet d'un vice qui lui est propre, indépendamment de la prohibition des substitutions.

(1) T. XVIII, n° 187 ; Conf. LAURENT, t. XIV, n° 518 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 689.

Ainsi, l'institution et la sous-institution étant renfermées dans deux actes distincts, il peut arriver que le second de ces actes soit atteint d'un vice de forme ou de fond. S'il s'agit, par exemple, d'une substitution par acte entre-vifs, on peut supposer que la seconde donation n'a pas été acceptée ou n'a pas été faite dans les formes voulues; s'il s'agit d'une substitution testamentaire, on peut encore supposer que le second testament manque de l'une des formalités prescrites à peine de nullité, ou a été révoqué par un testament subséquent.

A l'inverse, il peut arriver, toujours dans la même hypothèse de deux actes distincts, que la première libéralité soit seule entachée d'une nullité de forme, ou bien d'une nullité de fond résultant, par exemple, du défaut de capacité du bénéficiaire, si la substitution est faite par acte entre-vifs.

Dans tous les cas ci-dessus, l'une des libéralités ne pouvant pas naître par l'effet d'un vice qui lui est propre, ne peut produire aucun effet, et par suite ne peut compromettre la validité de l'autre qui demeure seule.

Il faudrait adopter la même solution, en cas de dispositions testamentaires, si l'une des libéralités devenait caduque par le prédécès de l'institué ou du substitué, ou si la charge de conserver et de rendre étant subordonnée à une condition, cette condition venait à défaillir du vivant du testateur (1).

30. La nullité qui frappe toute disposition entachée de substitution ne provient ni d'un vice du consentement, ni d'un défaut de capacité chez les parties. On ne peut la rattacher qu'à la nature de la prestation que la disposition prohibée avait pour but de favoriser.

Cette prestation a été considérée par la loi comme contraire à l'ordre public, c'est-à-dire à un certain arrangement des-

(1) AUBRY et RAU, § 694; texte et note 65; DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 182; LAURENT, t. XIV, n°s 513 et suiv.; Cass. 19 mars 1873, S. 74, 1, 5.

tiné à assurer l'harmonie des droits individuels et leur libre exercice; elle est donc illicite. Or l'obligation d'accomplir une prestation illicite ne peut produire aucun effet. C'est ce que décident formellement les art. 1131 et 1133 reconnus applicables aux donations et testaments, et qui s'occupent des prestations de ce genre sous la dénomination impropre de cause illicite.

Donc les dispositions faites en violation de l'art. 896 ne sont pas simplement annulables, elles sont inexistantes (1).

De là il suit :

1° Que les dispositions de ce genre ne sont susceptibles ni de confirmation, ni de ratification soit expresse, soit tacite (2);

2° Que les parties intéressées ne peuvent valablement renoncer à se prévaloir de l'annulation édictée par l'art. 896 (3);

3° Que la substitution reste nulle, quand même le substitué ou l'institué aurait renoncé au bénéfice de la libéralité faite en sa faveur, postérieurement à l'ouverture de la disposition;

4° Que la substitution ne saurait constituer un titre pouvant servir de base à l'usucapion par dix ou vingt ans (arg. art. 2267);

5° Que la charge de conserver et de rendre ne peut engendrer une obligation naturelle, et ne saurait dès lors servir de base à une novation ni à un cautionnement;

6° Qu'une transaction ne serait valable sur l'exécution d'une disposition attaquée comme renfermant une substitution prohibée, que s'il y avait sur ce point un doute sérieux, et pourvu que dans leur transaction les parties ne laissent pas subsister la substitution alléguée (4);

(1) Laurent, t. XIV, n° 519; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 687.

(2) Cass. 2 mars 1858, D. 1, 308.

(3) Cass. 24 avr. 1860, D. 60, 1, 224; Comp. Amiens, 7 déc. 1868, D. 69, 2, 59.

(4) Demolombe, t. XVIII, n° 186; Beltjens, *Encyclop. du Dr. civ. belge*, sur l'art. 896, n° 79.

7° Que tous les intéressés peuvent opposer en tout temps l'inexistence d'une substitution prohibée.

Il peut cependant arriver qu'une substitution prohibée soit volontairement exécutée par toutes les parties, et que personne ne poursuive la déclaration de son inexistence. Dans ce cas, la régie n'a à tenir compte que des situations apparentes; la transmission qui s'effectuera au profit du substitué donnera lieu à un nouveau droit proportionnel de mutation (1).

31. Celui qui demande ou qui oppose la nullité d'une substitution doit prouver qu'il y a, dans la disposition litigieuse, charge de conserver et de rendre. Cette preuve ne peut se faire que par la production de l'acte de libéralité lui-même supposé régulier en la forme, et cette production ne peut soulever que des difficultés d'interprétation ou d'appréciation.

Si l'on prétend que la charge de conserver et de rendre a été imposée en dehors des solennités requises pour les libéralités entre-vifs ou testamentaires, on ne voit pas de quoi servirait l'offre d'en prouver l'existence d'après les règles du droit commun: enquêtes, délation de serment, interrogatoires sur faits et articles, etc. Si la substitution n'est pas faite dans les formes prescrites par l'art. 893 il n'y a pas substitution. La loi ne tient pas compte de ce qui a pu être fait en dehors de ces formes; donc à tout événement, l'institué resterait ce qu'il est, propriétaire irrévocable (2). L'aveu que pourrait faire le défendeur qu'il a en effet reçu pour rendre, et qu'il a l'intention de rendre, ne saurait motiver contre lui une condamnation à délaisser les biens, puisqu'il ne les a pas reçus dans les conditions prévues par l'art. 896 (3).

31 *bis*. Il faut rechercher maintenant à qui doit profiter la nullité des dispositions entachées de substitution prohibée.

(1) *Sol. admin.*, Enregt., 10 août 1880, D. 81, 3, 56; Comp. Cass. 5 mars 1866, D. 66, 1, 123; *Contrà*, LAURENT, t. XIV, n° 520 *in fine*.

(2) AUBRY et RAU, § 694, note 64; LAURENT, t. XIV, n° 522.

(3) *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 172.

L'art. 896 déclare que la nullité a lieu, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire. L'*héritier institué* dont parle le texte est un légataire universel.

C'est donc en principe l'héritier *ab intestat* qui est seul appelé à profiter de l'inexistence de la substitution, et qui, par suite, a seul intérêt à provoquer la déclaration de cette inexistence.

Cette solution n'est pas de nature à soulever de sérieuses difficultés lorsque l'héritier légitime se trouve en présence d'un légataire particulier ou à titre universel grevé de substitution.

Il y a doute au contraire pour le cas où le testament comporte, en l'absence d'héritier réservataire, un legs universel pur et simple d'une part, et d'autre part un legs particulier grevé de substitution. Ainsi le testateur a dit : « Je lègue tous mes biens à Primus; je lègue à Secundus mon domaine de N..., à la charge de le rendre à sa mort à Tertius. »

Dans le cas proposé c'est le légataire universel qui doit profiter de la nullité. Il est bien vrai que le testateur a voulu distraire du legs universel les biens légués à titre particulier, mais cette volonté a été trompée par l'événement. La nullité du legs particulier a eu pour effet de maintenir dans l'universalité abstraite de l'hérédité, les biens que le testateur avait eu l'intention d'en faire sortir. Le légataire universel est donc seul désigné par son titre pour bénéficier d'une nullité qui frappe uniquement le legs particulier, et qui est absolument étrangère au legs universel.

Mais, par la raison inverse, il faudrait admettre une solution différente lorsque c'est le légataire universel qui est chargé lui-même de restituer des objets compris dans son legs; c'est-à-dire quand l'institution elle-même se trouve entachée de substitution en ce qui touche certains objets qu'elle comprend. Le testateur a dit en effet : « Je lègue tous mes biens à Paul, à la charge de conserver mon domaine de

N..., pendant toute sa vie, et de le rendre à sa mort à Pierre. » L'art. 896 s'applique textuellement à l'hypothèse ainsi que l'a reconnu la Cour de cassation (1).

Demolombe objecte que : le legs universel est exempt, *dans son universalité*, de toute charge de substitution; qu'il comprend nécessairement tous les biens sans exception que le testateur a laissés, et notamment les biens substitués; que ces biens ne peuvent aller autre part que dans l'universalité qui doit rester au légataire universel, d'autant qu'en présence de ce légataire il n'y a plus ni succession *ab intestat*, ni héritiers légitimes (2).

Mais c'est précisément pour empêcher ces résultats de se produire que l'art. 896 a été rédigé; il n'a pas d'autre but. Il serait en effet trop facile d'éluder les prohibitions de la loi : il suffirait d'instituer un légataire universel et de mettre à sa charge des dispositions particulières embrassant tout ou partie de l'hérédité. Demolombe trouve facilement un remède : Les juges auront à apprécier si la disposition est *sérieuse!* C'est purement et simplement abandonner l'application de la loi à l'arbitraire.

§ 4. — Dispositions ne constituant pas des substitutions prohibées.

32. — Des libéralités simplement conjointes.
33. Des substitutions vulgaires, art. 898 ; exemples.
34. — Substitutions *compendieuses*, pouvant être aussi bien vulgaires que fidéicommissaires ; exemples.

(1) Cass. 16 mars 1874, S. 74, 1, 299 ; Conf. DEMANTE, t. III, n° 10 *bis*, VI ; LAURENT, t. XIV, n° 521.

(2) T. XVIII, n° 191 ; du même, *Consult.* rapportée en note sous Caen, 21 juill. 1860, D. 61, 2, 104 ; note de M. LABBÉ sur l'arrêt de Cass. du 6 janv. 1863, *J. P.*, 63, 225 ; BERTAULD, *loc. cit.*, n° 478 ; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 690.

35. — Dispositions portant sur l'usufruit, art. 899.
36. — Exemples.
37. — De la nationalité du disposant ; son influence.

32. Quand deux bénéficiaires de libéralités sont appelés à les recueillir ensemble à la même époque et sans charge de restitution l'un envers l'autre, il n'y a pas substitution prohibée, mais simple *conjonction*. C'est ce qui a lieu quand le testateur a dit : *Je lègue tel bien à Primus et à Secundus;* ou même : *Je lègue tel bien à Primus et à ses enfants à naître*. On ne voit pas qu'il y ait dans ce cas intention de faire deux institutions subordonnées l'une à l'autre, avec trait de temps et ordre successif. La disposition vaudra donc comme libéralité conjointe au profit de Primus et des enfants nés ou au moins conçus à l'époque de la donation ou du décès.

Si un legs est fait à plusieurs individus *et en outre au survivant d'entre eux*, on pourra en principe considérer ce legs comme fait conjointement avec droit d'accroissement au profit des colégataires en cas de prédécès de l'un d'eux avant le testateur (1). Mais il y aura lieu d'examiner les termes du testament et de vérifier si le testateur n'a pas imposé la charge de conserver et de rendre les biens, et si cette charge a produit son effet au décès du grevé. Si, par exemple, il avait été dit que la part des prémourants devra accroître aux survivants, et que les prémourants seront censés n'avoir jamais eu aucun droit de propriété, une telle clause constituerait la substitution prohibée, puisqu'elle paralyserait entre les mains de chaque bénéficiaire la faculté d'aliéner, soit entre-vifs, soit par testament (2).

33. La substitution vulgaire n'est pas davantage une substitution prohibée, car elle ne comporte pas l'ordre successif :

(1) Laurent, t. XIV, n° 433.
(2) Gand, 13 janv. 1870, *Belg. jud.*, 83, 853 ; Comp. trib. Audenarde, 7 avr. 1882, *Belg. jud.*, 1885, 656.

ART. 898. La disposition par laquelle un tiers serait appelé à recueillir le don, l'hérédité ou le legs, dans le cas où le donataire, l'héritier institué ou le légataire, ne le recueillerait pas, ne sera pas regardée comme une substitution, et sera valable (*).

Le disposant a naturellement le droit de prévoir le cas où celui qu'il entend gratifier en premier ordre ne pourrait ou ne voudrait recueillir la libéralité qui lui est ainsi adressée, et faire, en vue de cette éventualité, une nouvelle institution.

Il faut donc qu'il existe un intervalle durant lequel puisse se produire soit la caducité de la libéralité, soit le refus du bénéficiaire. Il n'y a pas de difficulté à concevoir qu'il pourra en être ainsi d'une substitution vulgaire contenue dans un testament. Mais quand il s'agit d'une donation entre-vifs, la substitution vulgaire ne peut se concevoir que dans deux cas : 1° Si l'acceptation du donataire n'est pas faite dans l'acte même, sinon il deviendrait immédiatement propriétaire irrévocable ; 2° Si la donation est faite sous condition soit suspensive, soit résolutoire.

En effet, pour qu'il y ait substitution vulgaire, il faut essentiellement que l'institué ne recueille pas la libéralité.

La vocation du substitué s'ouvre par le fait même qui empêche l'institué de recueillir, ou par son refus, ou par son indignité (1).

Si l'institué recueille, ou même s'il peut être considéré comme ayant recueilli, sans même qu'il ait accepté, la substitution est sans effet; il suffit que l'institué ait survécu au disposant. Toutefois, la substitution produirait son effet si le gratifié en premier ordre, qui avait d'abord recueilli, se faisait ensuite restituer contre son acceptation, pour une cause quelconque, minorité, dol, violence, etc.

La formule la plus simple de la substitution vulgaire est la

(*) Art. 898. — GAIUS, II, § 174, 175 ; L. 36 pr. § 1, D. 28, 6, *De vulg. et pupill. subst.*

(1) Cass. 15 nov. 1855, S. 56, 1, 185.

suivante : « *Je lègue mes biens à Paul*; *dans le cas où Paul ne les recueillerait pas* (n'importe pour quelle cause), *je les lègue à Pierre.* » — Rien n'empêche d'ailleurs que l'institution et la substitution soient faites à terme ou sous condition; elles peuvent aussi être universelles, à titre universel ou à titre particulier.

On rencontre donc souvent des formules dans lesquelles des conditions auront été apposées soit à l'institution, soit à la substitution, sans que cette circonstance en fasse une substitution prohibée.

Ainsi sera valable la clause par laquelle un disposant *donne ou lègue à Primus s'il se marie, et dans le cas contraire à Secundus* (1); en effet, si Primus se marie, la condition de la libéralité adressée à Secundus est défaillie, s'il ne se marie pas c'est la libéralité faite à son profit qui est caduque, et Secundus est réputé avoir seul recueilli dès le principe.

Il en sera de même de la disposition par laquelle un testateur, après avoir légué la quotité disponible à un premier légataire, pour le cas où il parviendrait à sa majorité, appelle un autre légataire à recueillir cette même quotité sous la double condition qu'il survivra au premier et qu'il atteindra lui-même l'âge de vingt-et-un ans (2).

Sera également valable, la disposition par laquelle un testateur après avoir fait un legs à une ou plusieurs personnes, ajoute qu'en cas de décès des légataires sans enfants, ou avec enfants incapables de leur succéder, les libéralités à eux faites deviendront caduques, et écherront à d'autres personnes (3).

S'il s'agit d'apprécier l'étendue de la substitution vulgaire et ses effets, il faudra en principe, et à moins de dérogation

(1) Cass. 8 fév. 1869; Aubry et Rau, § 694.
(2) Cass. 23 déc. 1878, D. 79, 1, 312.
(3) Montpellier, 26 mai 1879, D. 80, 2, 115.

expresse, l'interpréter par le caractère de l'institution principale. Ainsi, lorsque après avoir institué un légataire universel, à l'exclusion de tous autres, le testateur, pour le cas de prédécès de l'institué, appelle d'autres personnes qu'il qualifie également de légataires universels, mais avec assignation de parts, cette assignation de parts ne peut caractériser aussi qu'un legs universel et non à titre universel (1).

34. Il peut arriver qu'une disposition soit rédigée de manière à pouvoir être considérée comme renfermant une substitution vulgaire aussi bien qu'une substitution fidéicommissaire, l'une et l'autre condensées dans une phrase concise, *sub compendio verborum*. C'est ce qui aura lieu quand les termes employés pourront s'appliquer à la fois au cas où l'institué viendrait à décéder avant l'époque fixée pour l'ouverture de la disposition, et au cas où il mourrait postérieurement à cette époque.

Ainsi le testateur a dit :

« Je lègue tous mes biens à Primus et, *en cas de décès* à, ses enfants, ou bien à Secundus.

« J'institue Primus et en cas de décès, ou après sa mort, je mets Secundus à sa place;

« J'institue Primus, et après lui ses enfants.

« J'institue Primus, et s'il meurt sans enfants, je lui substitue Secundus. »

En employant ces formules ou d'autres tournures analogues, le testateur peut avoir voulu dire que si Primus meurt avant lui il institue ses enfants ou Secundus, cas dans lequel la disposition ne contient qu'une substitution vulgaire. Mais il peut aussi avoir envisagé l'hypothèse où Primus lui survivrait, et, en vue de ce cas, avoir voulu lui léguer ses biens à la charge de les conserver pour les rendre à sa mort, soit à ses enfants, soit à Secundus, s'ils lui survivent.

(1) LAURENT, t. XIV, n° 490 ; Gand, 9 mars 1861, *Pas.*, 61, 2, 136.

Dans le doute sur la véritable pensée du testateur, il vaudra mieux admettre qu'il a voulu faire une simple substitution vulgaire (1).

On pourra faire le même raisonnement pour la formule : « Je lègue tous mes biens à Primus, et *s'il ne se marie pas*, à Secundus; » il faudra l'entendre de préférence comme si le testateur avait dit : s'il ne se marie pas avant mon décès (2).

On devra au contraire considérer comme renfermant de véritables substitutions fidéicommissaires les clauses suivantes qui ne laissent aucun doute sur l'intention du disposant :

« J'institue Primus, et, en quelque temps qu'il décède, je lui substitue Secundus;

« Je lègue à Primus, et de lui à son fils, et de celui-ci à ses enfants;

« J'institue Primus, et si Primus meurt sans enfants, j'entends que les biens *retournent* à sa famille, ou que Secundus recueille ses biens dans sa *succession*. »

35. Les formules *compendieuses* ou abrégées, ne se réfèrent donc pas nécessairement à des substitutions fidéicommissaires.

Nous avons déjà vu que les simples fidéicommis et les legs conditionnels ne doivent pas non plus être confondus avec les substitutions prohibées;

ART. 899. Il en sera de même de la disposition entre-vifs ou testamentaire par laquelle l'usufruit sera donné à l'un, et la nue-propriété à l'autre (*).

Cela avait à peine besoin d'être dit. Il faut, en effet, pour

(*) Art. 899. — L. 26, § 1, D. 33, 2, *De usu et usuf. leg.;* L. 9, D. 7, 2, *De usuf. accresc.*

(1) DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 161 ; AUBRY et RAU, § 694 ; LAURENT, t. XIV, n°s 490 et suiv.; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 685 ; Voy. Cass. 6 fév. 1889, S. 89, 1, 464 ; Limoges, 25 juin 1886, D. 87, 2, 78.

(2) Montpellier, 26 mai 1879, S. 80, 2, 167 ; Comp. Cass. 24 avr. 1882, S. 83, 1, 294.

qu'il y ait substitution prohibée que les deux libéralités portent sur les mêmes biens. Or, quand l'une porte sur la nue-propriété et l'autre sur l'usufruit, chaque libéralité a un objet différent.

D'un autre côté il faut reconnaître que toute substitution est impossible quand il s'agit d'usufruit. L'usufruit constitue en effet un droit qui s'éteint forcément à la mort de celui qui en est investi. A ce moment les choses sur lesquelles portait la jouissance, et qui ont dû être *conservées*, seront *rendues* au nu-propriétaire, en vertu des principes spéciaux à l'usufruit. Donc, si dans un legs d'usufruit le testateur a inséré des clauses concernant la charge de conserver et de rendre les objets soumis à l'usufruit, ces clauses ne peuvent s'entendre que dans le sens de l'art. 578, contenant la définition de l'usufruit, et non dans le sens de l'art. 896 contenant la définition de la substitution prohibée (1).

Il n'y aura pas de difficulté d'interprétation si le disposant a dit clairement qu'il attribuait l'usufruit à une personne et la nue-propriété des mêmes biens à une autre. Mais que faudra-t-il décider s'il a déclaré, simplement, qu'il laissait tous ses biens présents et à venir à une personne, par exemple à son conjoint, et qu'à la mort de ce dernier les biens légués reviendront à une autre personne? Une Cour a décidé que cette disposition n'impliquant pas pour le légataire l'obligation de conserver ne constituait pas une substitution prohibée. Cela paraît fort contestable d'après les principes plus haut exposés. Mais dans l'espèce il y avait deux testaments successifs, dont le plus ancien instituait un légataire universel en toute propriété; les juges en combinant ces deux testaments, et en les interprétant de manière à donner à la volonté du testateur un sens qui lui permette de produire effet, ont pu décider que le disposant avait eu l'in-

(1) Paris, 21 mai 1890, D. 91, 2, 239.

tention d'instituer son conjoint pour l'usufruit seulement et de laisser la nue-propriété au tiers précédemment institué légataire universel (1). De même, quand il n'y a qu'un seul testament, les juges du fait peuvent conclure du rapprochement de ses diverses clauses, que le testateur a voulu faire des legs conditionnels alternatifs de nue-propriété et d'usufruit et non une substitution prohibée (2).

La disposition en usufruit pourra également concourir avec une disposition en nue-propriété s'adressant à plusieurs légataires vulgairement substitués entre eux (3).

La clause : « Je lègue l'usufruit de mes biens à mon neveu, et la nue-propriété à ses enfants nés et à naître », sera valable, mais ne profitera qu'aux enfants conçus lors du décès du testateur (4).

36. Les clauses suivantes peuvent donner lieu à quelque difficulté :

Je lègue l'usufruit de mes biens à Primus et la nue-propriété *à l'aîné des enfants que celui-ci laissera ;*

Je lègue l'usufruit à Primus et, *après sa mort, la propriété à Secundus, si celui-ci lui survit ;*

Je lègue l'usufruit de mes biens à Primus et à Secundus, *et au survivant la propriété.*

Dans ces diverses hypothèses, le terme envisagé est le décès du légataire de l'usufruit, et non celui de l'héritier légitime chargé de rendre la nue-propriété. Il n'y a donc pas d'ordre successif. Mais si le légataire de l'usufruit était lui-même l'héritier légitime du disposant, il y aurait une véritable substitution par rapport à la nue-propriété (5).

(1) Riom. 21 nov. 1887, D. 90, 2, 39.
(2) Cass. 20 avr. 1885, D. 86, 1, 9.
(3) Cass. 14 juin 1876, D. 78, 1, 341.
(4) Laurent, t. XIV, n°s 418, 419 ; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 684, V.
(5) Demante, t. IV, n° 15 *bis*, I ; Demolombe, t. XVIII, n°s 118 et 119.

Si l'extinction de l'usufruit, au lieu de profiter au nu-propriétaire, doit profiter à un autre usufruitier après la mort du premier, il n'y aura pas davantage substitution, puisqu'il s'agira d'un usufruit nouveau différent de celui qui vient de disparaître. C'est ce qui arrivera dans le cas d'accroissement et dans celui où l'usufruit aurait été légué à une personne pour que, à sa mort, il passe à une seconde, à la mort de celle-ci à une troisième, etc. Mais il faudra que les divers appelés soient conçus à la mort du testateur, tandis que, s'il s'agissait d'une substitution, il suffirait que le premier appelé fût conçu au moment du décès du testateur, le second appelé au moment du décès du premier, le troisième au moment du décès du second, et ainsi de suite.

Cependant si l'usufruit était légué à une série indéfinie de personnes, il apparaîtrait alors comme perpétuel, se confondrait par suite avec la pleine propriété, et la disposition présenterait tous les caractères d'une substitution prohibée. Si le testateur avait stipulé le retour à sa succession, en cas d'extinction de la descendance du légataire, le legs serait nul ou caduc à l'égard des descendants du légataire non encore conçus au moment du décès du testateur.

Par application des règles générales plus haut exposées, la disposition testamentaire qui, après avoir attribué à un légataire la nue-propriété d'un immeuble et l'usufruit à un autre, ajoute qu'en cas de survenance d'enfants à ce dernier, événement pouvant se produire du vivant du nu-propriétaire, le legs de la nue-propriété sera révoqué et le bénéfice attribué aux enfants ne renferme pas une substitution prohibée (1).

La rente viagère doit être traitée comme l'usufruit; mais si la rente est constituée par donation entre-vifs, et qu'elle soit réversible sur la tête d'autres personnes, ces dernières doivent exister et accepter la donation. Si la rente est léguée

(1) Trib. Anvers, 30 juin 1882; V. LAURENT, t. XIV, nos 576 et suiv.

par testament et reversible sur la tête d'autres légataires, ceux-ci doivent au moins être conçus lors de l'ouverture du legs (1).

37. La nationalité du disposant pourra exercer une certaine influence sur l'application des règles concernant les substitutions prohibées, au moins en ce qui concerne les successions purement mobilières. Dans ce cas, le legs fait par un étranger suivant les lois de son pays ne peut être attaqué comme contenant des dispositions contraires aux lois françaises sur les substitutions (2).

Mais les substitutions établies par un étranger dans son testament ne pourraient avoir aucun effet sur les immeubles situés en France, quelle que soit la loi personnelle du disposant. Les auteurs qui soutiennent en principe l'application de la loi personnelle du disposant, arrivent au même résultat par des considérations d'ordre public (3).

§ 5. — De la cause dans les actes à titre gratuit.

38. — Notion distincte de la *condition*, du *motif* et de la *cause*.
39. — De la cause dans les libéralités ; confusion qui s'est produite dans la doctrine.
40. — Dans les actes gratuits la cause se confond avec la volonté de donner.
41. — Conséquences ; nécessité de ne pas confondre la cause avec le motif.
42. — Confusion faite sur ce point par la jurisprudence, d'abord en ce qui touche les libéralités adressées à des enfants prétendus nés hors mariage,
43. — Ou intervenues entre concubins.

38. Les substitutions qui viennent d'être étudiées consti-

(1) LAURENT, t. XIV, nos 413, 415.

(2) Paris, 7 août 1883, *J. du Dr. int. pr.*, 1884, p. 192 ; Paris, 1er fév. 1836, S. 36, 2, 173.

(3) Voy. VINCENT et PÉNAUD, *Dict. de Dr. intern. pr.*, v° *Testament*, n° 102.

tuent des modalités prohibées, et nous avons remarqué que la prohibition de ces modalités a pour sanction la nullité de la disposition tout entière.

On peut concevoir d'autres modalités que le législateur devait également proscrire. Nous voulons parler de certaines conditions auxquelles le disposant a entendu subordonner sa libéralité, et qui ne sauraient être maintenues :

Pour avoir une idée exacte des conditions dont il s'agit, et pour comprendre la théorie dont l'art. 900 est la base, il faut nettement séparer de la notion de la *condition*, celle des *motifs* et surtout de la *cause* qu'il est si facile de confondre. Il est si facile de les confondre qu'on peut lire dans un grand nombre d'arrêts que la *condition* est le *motif* déterminant et par suite la *cause* impulsive d'une libéralité !

Dans les contrats à titre onéreux, unilatéraux ou synallagmatiques, peu importe, la prestation mise à la charge de l'un des contractants, a toujours de la part de l'autre, une *contre-valeur* ou *contre-partie* antécédente, concomitante ou subséquente.

C'est cette *contre-valeur* que les Romains désignaient sous le nom de *causa* : *condictio sine causa*, *ob injustam vel turpem causam; causa data*, *causa non secuta*. *Causa* était en pareil cas synonyme de *res* et signifiait prestation, comme le prouve la formule suivante : *ob rem dati re non secuta* (1).

Plus spécialement *res* indiquait une prestation à effectuer ou subséquente, *causa* une prestation déjà effectuée, ou antécédente (2).

Dans les dispositions à titre gratuit, la prestation librement consentie par le disposant, *nullo jure cogente*, ne correspondait à aucune *contre-valeur* de la part du bénéficiaire; c'est précisément pour cela qu'elle était à titre gratuit.

(1) L. 76, D. 12, 4, *De condic. causa data causa non sec.*

(2) L. 1 pr., D. 12, 5, *De condic. ob turp. vel injust. causam;* L. 52, D. 12, 6, *De condic. ind.*

L'essence des dispositions à titre gratuit était donc d'être faite sans *causa*, en donnant à cette expression la signification spéciale qui lui convient.

39. Mais il est arrivé que les interprètes ont, par une pure équivoque, donné au mot *causa*, dans notre matière, la signification de *cause* ou principe générateur d'un effet (*causa efficiens*), et ils ont ainsi été conduits à rechercher en quoi pouvait consister la *cause* dans les dispositions dont l'essence est de ne comporter aucune *causa!*

Ils ont surtout été amenés à persister dans cette recherche par la circonstance que le législateur a cru devoir admettre dans les contrats à titre onéreux l'existence d'une cause comme élément distinct à la fois de l'objet et du consentement.

D'après l'art. 1108, en effet, la cause est une des quatre conditions essentielles pour la validité d'une convention, et l'art. 1131 en conclut que l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet. Nous verrons plus tard ce que vaut la théorie de la cause dans les contrats à titre onéreux (1). Constatons pour le moment qu'il est fort douteux que les art. 1108, 1131 et suiv. puissent recevoir leur application aux dispositions à titre gratuit.

« Il est évident, déclarent Aubry et Rau, que ces articles sont en général inapplicables, non seulement aux dispositions testamentaires, mais même aux donations entre-vifs, puisque la cause, pour de pareils actes consiste *uniquement* dans la libre détermination du disposant d'exercer en faveur de l'autre partie une libéralité (2). »

(1) La théorie de la cause n'a fait, en France, l'objet d'un examen approfondi que dans certaines thèses de doctorat, dont les principales sont les suivantes: *Dissert. sur la cause*, par DAUFRESNE, Paris, 1854; *Etude sur la cause*, etc., par ARTUR, Paris, 1879; *Notion de la cause*, etc., par BRISSAUD, Bordeaux, 1879; *De la cause*, etc., par TIMBAL, Toulouse, 1882.

(2) § 649, note 11.

Au contraire, dit M. Laurent, l'art. 1131 est fait pour les contrats; or la donation est un contrat, donc si la cause exprimée dans la donation est fausse, ou contraire aux lois ou aux mœurs, il n'y aura pas lieu d'appliquer l'art. 900 et d'effacer la cause comme non écrite, mais la donation entière sera nulle; même solution pour les testaments, quoiqu'il n'y ait pas de texte. En admettant que la cause dans le testament soit comme dans la donation, la volonté de donner, « il faut que cette volonté soit inspirée par *le désir de faire le bien*. Le législateur peut-il sanctionner un legs qui n'aurait aucune cause, ou qui aurait une cause illicite (1)? »

La radicale opposition qui existe entre les deux opinions ci-dessus rapportées provient d'une conception différente de la notion de la cause.

Il ne faut pas perdre de vue que l'art. 1108 affirme l'existence dans les contrats en général d'un élément particulier appelé *cause*, distinct à la fois de l'objet et du consentement. Or les affirmations les plus positives du législateur ne peuvent donner un corps à ce qui n'existe pas. De quelque manière que l'on veuille tourner et retourner les dispositions à titre gratuit, il est impossible d'y voir autre chose que l'exercice d'un droit se traduisant par un acte manifestant la volonté de donner, *animus donandi*.

Lorsqu'un citoyen agissant librement, dans le plein exercice de sa capacité, en observant les formes édictées par la loi a dit : *je donne* ou *je lègue*, il a fait un acte qui porte en lui-même sa raison d'être, et nul n'a le droit de lui demander compte des mobiles auxquels il a obéi, des motifs qui ont déterminé un tel exercice du droit de vouloir.

Mais, dit M. Laurent, cette volonté ne doit-elle pas être inspirée *par le désir de faire le bien*, et le législateur peut-il sanctionner une disposition qui aurait une cause illicite?

(1) T. XI, nos 507, 506.

Cette observation qui étonne chez un maître tel que M. Laurent, repose sur une confusion.

Il confond d'abord le domaine du droit positif avec celui de la morale, dont le propre est de considérer les actes humains dans leurs motifs, et de scruter les intentions du for intérieur (Voy. t. Ier, nº 9), et par suite il confond la cause juridique avec les motifs. D'après cette doctrine, là où il n'y aurait aucun motif de bienfaisance, il n'y aurait pas de cause; là où il y aurait un motif, il y aurait une cause, mais le juge aurait à vérifier si le motif est ou n'est pas légitime, s'il est ou non inspiré par *le désir de faire le bien*.... Un pareil envahissement de la conscience est inadmissible dans une société laïque.

40. Par conséquent si, par amour de la symétrie, on persiste à vouloir retrouver dans les dispositions à titre gratuit l'existence d'une cause, il faudra reconnaître que cette cause n'est rien autre chose que la libre et régulière manifestation de la volonté de donner. On pourra dire avec Pothier : « Dans les contrats de bienfaisance la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre est une cause *suffisante* de l'engagement qu'elle contracte envers elle (1). » Mais en réalité cela voudra dire que, dans les dispositions à titre gratuit, la cause se confond avec le consentement ou la volonté du disposant, que la libéralité elle-même est la seule cause de la disposition (2), ou plutôt qu'il n'y a pas de *cause* dans le sens technique que l'on prétend donner à cette expression. La Cour de cassation elle-même a implicitement consacré la vérité de cette doctrine, en déclarant qu'il appartient aux juges du fond de décider souverainement par appréciation de la commune volonté des parties, qu'un acte présente les caractères non d'un contrat commutatif, mais d'une véritable

(1) *Oblig.*, nº 42.
(2) Baudry-Lacantinerie, t. II, nº 360.

donation, c'est-à-dire qu'une *intention de libéralité* en a été *la cause déterminante* et licite (1). S'il en est ainsi quand il s'agit de rechercher le véritable caractère de l'acte, pourquoi en serait-il autrement quand son caractère gratuit n'est pas en discussion ?

Il suffira donc pour qu'une disposition à titre gratuit soit valable, de constater que la volonté de faire une libéralité s'est produite librement dans les conditions de capacité et de forme exigées par la loi.

41. De là il suit :

1° Qu'il n'y a pas lieu, en principe, de rechercher quels sont les motifs ou mobiles qui ont déterminé le disposant à faire la libéralité ;

2° Que si l'acte contient une indication de motifs, l'absence ou l'inexactitude des motifs allégués ne saurait compromettre la validité de la disposition.

Les Romains exprimaient cette idée par la formule : *falsa causa legato non nocet* (2), en donnant au mot *causa* la signification de *motif*. Par conséquent si le testateur avait dit : *Je lègue à Titius qui a géré mes affaires pendant mon absence*, le legs serait valable quoique Titius n'eût pas géré les affaires du disposant. Pourquoi? Parce que le legs étant une donation, et toute donation étant *suffisamment causée* par la volonté de donner, est valable indépendamment de toute désignation du fait qui a pu porter à la libéralité; peu importe donc que cette désignation soit fausse. *Sed si conditionaliter enunciata fuerit causa, aliud juris est, veluti hoc modo : Titio si negotia mea curaverit fundum de logo* (3) ; il est manifeste que dans ce cas le disposant a entendu subordonner sa libéralité à la réalité du motif indiqué.

(1) Cass. 7 déc. 1885, S. 88, 1, 10.
(2) Justinien, *Inst.*, II, 20, § 31, *De leg.*
(3) *Ibid*, L. 2, § 7, L. 8, D. 39, 5, *De donat.*

3° Qu'une disposition à titre gratuit ayant pour cause suffisante la volonté de donner, il ne peut jamais être question en pareille matière de cause illicite (1), ni de fausse cause;

4° Qu'il n'est pas permis de considérer les *motifs* d'une disposition à titre gratuit, comme étant la *cause juridique* de cette disposition, et d'arriver ainsi à annuler une disposition par application aux simples motifs des textes qui concernent la cause. La distinction entre la cause et les motifs doit, dans toute hypothèse, être soigneusement maintenue, aussi bien dans les actes à titre gratuit que dans les actes à titre onéreux (2).

42. Cette distinction capitale a souvent été méconnue par la jurisprudence, ainsi que nous allons le voir.

Supposons qu'un testateur, ayant des frères, adresse par testament olographe, un legs universel à une personne qu'il appelle : *son enfant,* mais que d'ailleurs il n'a jamais reconnue. Par application des principes ci-dessus développés, il n'y aurait pas lieu de s'arrêter à la dénomination *mon enfant* employée par le testateur. De deux choses l'une, en effet, ou cette dénomination ne correspond pas à la réalité, et alors il y a là une *falsa demonstratio* sans conséquence juridique; ou cette dénomination est conforme à la réalité, et alors elle ne peut produire aucune conséquence en faveur de l'enfant ni contre lui, car une reconnaissance faite par testament olographe doit être réputée inexistante. Dans les deux cas que reste-t-il? La volonté de donner qui se sert à elle-même de cause valable et suffisante.

Mais on a voulu transporter la théorie de la cause illicite dans la matière des donations et des legs; et comme il n'était pas possible de l'appliquer à la *volonté de donner*, on l'a appliquée aux motifs qui ont déterminé cette volonté.

(1) Baudry-Lacantinerie, t. II, n°s 360, 846, 853.
(2) Bordeaux, 6 fév. 1885, S. 86, 2, 16.

« Abstraction faite de la reconnaissance, a-t-on dit, le juge n'en est pas moins autorisé à réduire le legs dans les limites indiquées par l'art. 908, en déclarant, vu le fondement des énonciations contenues dans le testament même, que la libéralité a eu *pour motif déterminant et unique* la conviction du testateur que le légataire était son enfant naturel, et qu'ainsi elle a été faite en fraude de la loi (1). »

Mais ce système est inadmissible; il attribue à un mode de reconnaissance que la loi n'autorise pas la force de frapper d'incapacité des personnes qui ne peuvent pas être aux yeux de la loi des enfants naturels. De sorte que, en vertu du même acte et vis-à-vis de la même personne l'enfant naturel est reconnu et n'est pas reconnu; il est reconnu pour être atteint dans sa capacité de recevoir, il est non reconnu à tout autre point de vue. Et pourquoi? Parce que la libéralité a un motif illicite! Mais c'est la libéralité elle-même qui est la cause! Que signifie donc cette recherche du *motif* de la *cause?*... Et d'ailleurs qui oserait affirmer que la conviction, chez le disposant, qu'il est le père du gratifié est l'unique motif de la libéralité (2)?

La même difficulté s'élève au cas d'une donation faite à un enfant incestueux ou adultérin reconnu dans l'acte de donation malgré la prohibition de l'art. 355. La Cour de cassation annule la libéralité comme ayant une cause illicite révélée par l'acte lui-même (3); c'est toujours la même con-

(1) Aubry et Rau, t. VI, § 563, texte et note 14 de la 4e édition; ces auteurs avaient d'abord soutenu l'opinion opposée, t. IV, § 568 *bis*, note 7 et § 568 *ter*, note II, 2e édit.; Detourbet, *Revue prat.*, 1877, t. XLIII, p. 147; Cass. 7 déc. 1840, S. 41, 1, 140; Caen, 11 déc. 1876, D. 78, 5, 192; Paris, 11 août 1886, S. 67, 2, 137.

(2) Demolombe, t. V, n° 429; Laurent, t. IV, n° 52, t. XI, n° 366; Massé et Vergé, t. I, p. 323, note 17, t. III, p. 40, note 21; Bruxelles, 24 déc. 1839, *Pas.*, 39, 2, 225; Nîmes, 1er fév. 1843, D. *Répert.*, v° *Pat. et fil.*, n° 539-1°.

(3) Cass. 29 juin 1887, D. 88, 1, 295; Aubry et Rau, § 563, n° 16.

fusion entre la *cause* et les *motifs*, et la même contradiction se résumant dans les termes suivants : la reconnaissance d'un enfant incestueux ou adultérin *qui ne peut produire aucun effet, a pour effet* d'annuler la libéralité qui lui est adressée simultanément (1)!.....

43. Les dons entre concubins soulèvent encore une difficulté analogue. Mais il faut faire une précision : il arrivera souvent que l'acte destiné à donner effet à une telle libéralité sera en réalité un contrat à titre onéreux dans lequel l'avantage réalisé ou promis sera le prix du maintien des relations de concubinage. Dans ce cas les juges du fait qui auront restitué au contrat sa véritable physionomie pourront l'annuler sans difficulté à raison du caractère illicite de son objet (2). Cette solution implique la possibilité pour le juge de rechercher la preuve du concubinage dans les documents spontanément versés au débat par la femme, mais non de recourir à une enquête ou à de simples présomptions (3).

Mais s'il s'agit d'un don fait à une femme, d'un legs dont le testateur charge son héritier au profit d'une femme, nous ne voyons pas en quoi une telle libéralité, considérée en elle-même, contient quelque chose de contraire aux bonnes mœurs, ou aux lois, quand même, en fait, la personne gratifiée serait la concubine du disposant.

La volonté de donner qui suffit à la perfection de l'acte gratuit ne peut jamais, en soi, constituer une cause illicite. Il faudrait donc entrer dans l'examen des *motifs particuliers* qui ont déterminé la libéralité. Peut-être, les relations illi-

(1) Demolombe, t. V, n° 388; Devilleneuve, S. 46, 1, 723 ; Bonnier, *Tr. des preuv.*, t. II, n° 571 ; Dalloz, *Répert.*, v° *Pat. et fil.*, n° 731 ; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 853.

(2) Cass. 23 juin 1887, D. 89, 1, 35 ; Planiol, *Revue crit.*, 1888, p. 706 ; Comp. Aix, 25 janv. 1883, D. 83, 2, 238.

(3) Orléans, 27 mai 1875, D. 77, 2, 177 ; Comp. Cass. 10 août 1885, S. 88, 1, 470 ; *Contrà*, Agen, 7 juill. 1886, S. 86, 1, 189 ; Caen, 2 juill. 1872, S. 73, 2, 145.

cites ayant cessé, le disposant a-t-il voulu réparer le tort par lui causé à la réputation de la femme, ou la mettre simplement à l'abri du besoin et lui faciliter ainsi les moyens de vivre honnêtement, etc. Il est certain qu'il serait absurde dans ce cas d'annuler la donation sous prétexte de cause immorale ou illicite. Mais il suffit qu'il puisse en être ainsi pour qu'on ne donne pas aux juges le pouvoir arbitraire de scruter les intentions pour vérifier s'il en est autrement (1).

§ 6. — Des conditions illicites dans les actes gratuits.

44. — Comparaison de l'art. 900 avec l'art. 1172 ; motifs historiques de l'art. 900.
45. — Suite ; portée préventive de l'art. 900.
46. — Interprétation différente donnée par la doctrine,
47. — Et la jurisprudence.
48. — Des conditions auxquelles se réfère l'art. 900.
49. — Il n'y a pas de conditions légalement ou moralement impossibles.
50. — Des conditions illégales ; exemples.
51. — Suite ; conditions ayant pour but d'assurer la perpétuité d'un enseignement confessionnel.
52. — Suite ; L. du 30 avril 1880, art. 19.
53. — Solutions données par la jurisprudence.
54. — Conséquences pratiques ; indivisibilité, droits de mutation.
55. — Conditions relatives à la propriété des biens affectés soit à l'enseignement, soit aux pauvres, soit à une simple distribution entre ces derniers.

44. L'introduction de la théorie de la cause illicite dans la matière des donations et des legs, a encore eu pour résultat de paralyser les dispositions de la loi concernant les conditions illicites précisément dans les hypothèses en vue desquelles elles ont été édictées.

En effet,

(1) Voy. MERLIN, v° *Concubinage;* Comp. DEMOLOMBE, n° 538 ; LAURENT, t. XI, n° 510 ; *Contrà*, PLANIOL, *loc. cit.*, p. 708.

ART. 900. Dans toute disposition entre-vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites (*).

On voit ici tout de suite que la sanction de la loi est autre que dans les substitutions prohibées. La disposition qui apparaît comme principale, en ce sens qu'elle sert d'occasion, de prétexte ou d'encadrement à une condition inadmissible, est et demeure valable; seule la condition prohibée est considérée comme non avenue.

L'art. 1172 applique aux contrats en général une règle différente et qui paraît mieux en harmonie avec les principes généraux : *Toute condition*, y est-il dit, *d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en dépend.*

Comment donc se fait-il que le législateur ait voulu établir, à ce point de vue, une différence entre les dispositions à titre gratuit et les contrats à titre onéreux?

Le droit romain nous offre à cet égard un précédent :

Quand il s'agissait d'un contrat fait sous une condition affirmative impossible, soit physiquement, soit légalement, on ne distinguait pas si ce contrat était à titre gratuit ou à titre onéreux; on l'annulait dans tous les cas (1).

Pour les testaments il y avait controverse : l'opinion qui prévalut maintenait l'institution ou le legs et se contentait d'annuler la condition (2).

La différence entre les donations et les testaments, au point de vue dont il s'agit, n'était cependant pas aussi accentuée qu'on pourrait le croire, à cause de la nécessité de distinguer entre les effets de la condition suspensive, et ceux de la condition résolutoire. A l'époque classique, la donation

(*) Art. 900. — L. 3, 20, 64, 72 § 5, D. 35, 1, *De cond. et demonst.;* L. 9, 14, D. 28, 7, *De cond. instit.;* L. 65 § 1, D. 36, 1, *Ad senat. Trebell.;* L. 7, 26, D. 45, 1, *De verb. oblig.*

(1) L. 31, D. 44, 7; L. 137 § 6, D. 45, 1.

(2) GAIUS, III, § 98.

ne pouvait être affectée d'une condition suspensive que lorsqu'elle se produisait sous la forme d'un contrat *verbis* ou *litteris*. En tout autre cas la donation exigeait la tradition de la chose donnée; si une condition l'affectait, ce ne pouvait être qu'une condition résolutoire. La propriété était donc transférée au donataire avec la clause que ce dernier serait obligé de la rétrocéder au donateur, *si*.... Mais la condition étant, par hypothèse, impossible ou illicite, l'obligation du donataire ne pouvait prendre naissance. La donation demeurait donc inattaquable (1).

Quoique le principe soit différent, fait observer M. G. Demante, le résultat paraît ici le même que dans les testaments (2). C'est peut-être ce qui explique l'*interpretatio* insérée dans la *Lex romana Wisigothorum* sur une constitution de Constantin (3) : *Tunc infirmatur donatio quando conditiones honestatis possibilis impletæ non fuerint. Nam si inhonestæ et impossibiles conditiones ponantur, remotis conditionibus, firma donatio est.*

Voilà bien en toutes lettres, quatorze siècles par avance, la théorie du Code civil et la formule de l'art. 900. Que l'*interpretatio* consacre une dérogation voulue à un principe du droit romain (4), dérogation inspirée peut-être, comme l'art. 900 par des considérations politiques, ou qu'elle soit le résultat d'une erreur, ainsi qu'on l'a soutenu (5), cela importe peu. Il est certain que l'*interpretatio* dont il s'agit a constitué par elle-même une doctrine régnante et acceptée; elle a eu sa part d'influence sur la pratique des affaires comme sur la direction des opinions juridiques, alors surtout qu'elle

(1) L. 8, C. 4, 6, *De condic. ob caus. dat.*
(2) *Recueil de l'Acad. de législ. de Toulouse*, 1859, p. 163.
(3) L. 1, *Cod. Théod.*, 8, 12.
(4) G. Demante, *loc. cit.*, p. 164, *add.* p. 169.
(5) Benech, *Recueil de l'Acad. de législ. de Toulouse*, 1854, p. 152, note 1-1°.

était consignée dans un recueil devenu pour la Gaule toute entière, comme l'atteste Godefroy, le fondement du droit civil, *pro fundo juris habebatur* (1). Il est vrai que la tradition wisigothique s'affaiblit peu à peu, puisque les provinces coutumières et les pays de droit écrit adoptèrent, sur le point qui nous occupe, le droit Romain-Justinien (2), mais il est probable que le souvenir n'en avait pas été complétement perdu, et il n'y a pas lieu de s'étonner que les événements se soient chargé de rajeunir la vieille doctrine du *Bréviaire d'Alaric*.

La loi des 5 et 12 septembre 1791 qui s'applique aux donations comme aux testaments fut en effet ainsi conçue :

« Toute clause impérative ou prohibitive qui serait contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, qui porterait atteinte à la liberté religieuse du donataire, héritier ou légataire, gênerait la liberté qu'il a soit de se marier avec telle personne, soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou qui le détournerait de remplir les devoirs imposés, et d'exercer des fonctions déférées par la Constitution aux citoyens actifs et éligibles, est réputée non écrite. »

Et maintenant si l'on veut savoir quels étaient les abus qu'il s'agissait de réprimer, ou plutôt de prévenir, on les trouvera énumérés dans la motion d'ordre sur laquelle fut votée la loi précitée :

« C'est le moyen, lit-on dans cette motion, d'arrêter les effets malheureux de l'intolérance civile et religieuse, c'est le besoin de poser de justes bornes aux préjugés et au despotisme de quelques citoyens qui, ne pouvant se plier aux principes de l'égalité politique et de la tolérance religieuse, proscrivent d'avance, par des actes protégés par la loi, l'exercice des fonctions publiques, l'union de leurs enfants

(1) Voy. Benech, *loc. cit.*, p. 182, 183.
(2) Pothier, *Introd.* au titre XVI de la Cout. d'Orléans.

avec des femmes qu'ils appellent roturières, ou avec des personnes qui exercent un autre culte religieux, ou qui ont une autre opinion politique... C'est ainsi qu'ils écrivent la défense ou la condition de se marier à telle ou telle personne, à une femme de telle ou telle classe, de telle ou telle religion. »

45. Or pour empêcher de pareils abus, que fallait-il faire? Convenait-il de prononcer la nullité des dispositions faites sous de semblables conditions, ou devait-on se borner à déclarer seulement ces conditions non écrites?

Si l'on avait prononcé la nullité de la disposition dans son entier, ceux qui, sous prétexte de faire une fondation pieuse ou charitable voulaient surtout réagir contre les institutions nouvelles, auraient eu intérêt à insérer dans l'acte les conditions prohibées, car il y avait une chance pour qu'elles fussent exécutées, et les héritiers devenus leurs complices auraient, en cas d'inexécution des charges imposées, demandé l'annulation de la libéralité.

En déclarant au contraire simplement non écrites ces mêmes conditions, on empêchait ceux qu'animait surtout des vues politiques hostiles de persister dans leurs tentatives. L'événement devait en effet tromper souvent leur attente, puisque le bénéficiaire pouvait toujours réclamer la libéralité sans obéir à la condition, et qu'ils ne pouvaient pas compter sur la complicité de leurs héritiers destitués de toute action.

Quant à ceux qui, ayant sérieusement l'intention de donner, inséraient, sans bien se rendre compte de leur portée, des clauses illégales, il n'y avait pas de difficulté à maintenir leur libéralité sans tenir compte des clauses accessoires; et c'est pour ce motif que le texte étend sa décision aux conditions simplement *impossibles*. Mais la loi avait principalement en vue les cas où la condition illégale était le motif déterminant de la libéralité.

Ainsi donc la saine perception du but à atteindre montrait clairement le moyen à employer. Voilà pourquoi la loi du

12 septembre 1791 déclara non écrites les conditions qu'elle voulait empêcher. La loi du 17 nivôse an II reproduisit les mêmes règles. Le Code civil adopta à son tour l'esprit de ces lois, et voilà pourquoi il parle d'une manière plus générale des conditions contraires aux *mœurs*, ce qui comprend non seulement *les bonnes mœurs*, mais encore les *mœurs publiques actuelles*, telles que les ont faites les idées et les principes de la Révolution.

L'art. 900, il faut le remarquer, n'a pas du tout pour but de réprimer ou de punir, comme on l'a prétendu bien à tort, l'insertion dans les actes gratuits de conditions contraires aux lois. Non; la force de cet article réside tout entière dans sa portée préventive; et qui pourra jamais dire combien, sans nuire à la liberté de disposer, il a empêché jusqu'à ce jour et il empêche encore de clauses étranges et contraires à notre droit public?

46. Mais les interprétations qui ont prévalu dans la doctrine et la jurisprudence ont enlevé à l'art. 900 sa vraie signification et en ont à peu près neutralisé l'application.

En effet les auteurs ont voulu voir dans ce texte une simple interprétation de la volonté du donateur ou du testateur qui est présumé n'avoir pas voulu subordonner l'existence de sa libéralité à la condition impossible ou illicite qu'il y a mise (1). Cela peut se trouver accidentellement exact pour quelques cas particuliers seulement dans lesquels on peut admettre que si le disposant eût été forcé d'opter entre le maintien de la donation et celui de la condition, il aurait opté pour le maintien de la donation.

Dans ce système on distingue entre le cas où la condition illicite a été formulée purement et simplement, et celui où le disposant a déclaré expressément vouloir subordonner l'exis-

(1) Demolombe, t. XVIII, n°s 205 et suiv.; Aubry et Rau, § 692; Baudry-Lacantinerie, n° 360.

tence de sa libéralité à la condition par lui formulée. Dans ce dernier cas on n'applique pas l'art. 900 et la disposition doit, dit-on, être annulée dans son entier. Les juges du fond auraient donc à interpréter la volonté du disposant pour savoir ce qu'il a voulu (1).

47. La Cour de cassation repousse cette distinction comme contraire au texte général et absolu de l'art. 900 (2) ; mais transportant dans notre matière la théorie de la cause illicite, elle annule la disposition dans son entier, sans tenir compte de la volonté exprimée ou non exprimée par le disposant, lorsque la condition illicite est reconnue, en fait, avoir été la *cause impulsive et déterminante* de l'acte, l'absence d'une cause licite enlevant alors tout effet à l'obligation en vertu de l'art. 1131 (3).

Mais l'hypothèse que le législateur a eu principalement en vue, est précisément celle où la condition illicite a été le motif impulsif et déterminant de la libéralité ; il a voulu, par mesure surtout préventive, enlever au testateur tout intérêt à se laisser influencer par un tel motif; et c'est quand l'hypothèse précisément prévue par l'art. 900 se produit, que l'on prétend que l'art. 900 ne doit pas s'appliquer !... L'art. 900 interprété d'après ses antécédents théoriques : « Consacre, dit M. Laurent, un principe d'une vérité éternelle dans son application aux lois d'ordre public ; la lutte des hommes du passé contre les principes de 89 dure toujours, elle est plus ardente que jamais (4). » La défense doit consister dans la rigoureuse application d'un texte protecteur.

(1) Paris, 27 nov. 1877, D. 78, 2, 188 ; Cass. 7 juill. 1868, D. 68, 1, 446.

(2) Cass. 17 juill. 1883, D. 84, 1, 156.

(3) Cass. 29 juill. 1889, S. 90, 1, 104 ; Cass. 28 juin 1887, S. 89, 1, 99 ; Cass. 20 nov. 1878, D. 79, 1. 304.

(4) T. XI, n° 438 ; Voy. MERLIN, *Répert.* et *Quest. de droit*, v° *Condition.*

48. Le mot *condition* dans l'art. 900 doit être entendu dans son sens le plus large ; il se réfère non seulement aux conditions proprement dites, qui consistent dans un événement futur et incertain auquel serait subordonnée l'existence d'une libéralité, mais encore aux charges imposées au donataire ou légataire (arg. art. 953 et 1046).

Les conditions ainsi envisagées sont distribuées en trois groupes :

Les conditions impossibles ;

Les conditions contraires aux lois ;

Les conditions contraires aux mœurs.

La première question à résoudre quand il s'agit de semblables conditions insérées dans un acte entre-vifs, est celle de savoir quel est le véritable caractère de l'acte. Il faut s'en tenir, pour la solution à adopter, non à la qualification de donation, ou autre expression employée par les parties, mais à la réalité des choses (1). Il faut savoir en effet s'il y a lieu d'appliquer l'art. 1172, ou l'art. 900, ou tout autre disposition.

Ainsi le contrat intervenu entre une société qui s'est engagée à verser des prix aux vainqueurs dans des régates organisées par ses soins, et les concurrents qui se mettent en mesure de fournir ces courses à leurs frais et risques pour obtenir les prix, peut être considéré, à raison des conditions imposées à chacune des parties, non comme un contrat de bienfaisance, mais comme un contrat commutatif. En conséquence la clause portant que les décisions du comité de la dite société ne sont susceptibles d'aucun recours constitue, non une condition licite ou illicite dans le sens de l'art. 900, mais une clause compromissoire nulle comme ne contenant pas les mentions exigées par les art. 1003 et suiv. du Code de procédure civile (2).

(1) Cass. 21 déc. 1869, D. 70, 1, 308.
(2) Cass. 28 juin 1886, S. 89, 1, 1, 331.

Pour décider si une condition doit être réputée non écrite comme impossible ou illicite, il faut s'attacher à l'état des choses existant et à la législation en vigueur au moment où la disposition commence à avoir son effet; dans les donations au moment du contrat, dans les testaments au moment du décès du testateur (1).

La condition est impossible quand les lois de la nature s'opposent à ce que l'événement arrive, ou à ce que le fait envisagé soit presté, et cela d'une manière absolue, c'est-à-dire pour tout le monde.

49. Les conditions contraires aux lois ou aux mœurs sont généralement assimilées aux conditions impossibles. On les déclare impossibles moralement ou légalement; c'est-à-dire que, pour un honnête homme, leur accomplissement ne peut pas être considéré comme une éventualité admissible; à l'appui de cet aperçu on cite le texte bien connu :

Facta quæ lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est (2).

Ce texte n'a pas le sens qu'on lui prête; il signifie seulement que, dans l'espèce à laquelle il se réfère, les conditions de cette nature ne sont pas des conditions potestatives (3). Elles ne peuvent être sanctionnées quand elles ont pour but d'exciter à l'accomplissement d'un fait illicite ou immoral. Mais dans un grand nombre de cas leur accomplissement est une éventualité dont la réalisation est parfaitement admissible : ainsi le legs fait à un tiers si l'héritier du testateur n'a pas éprouvé, avant l'ouverture de la succession, des pertes de fortune causées par certains délits spécifiés, est parfaitement valable (4).

(1) Voy. Cass. 20 nov. 1878, D. 79, 1, 304 ; Comp. Nîmes, 22 janvier 1890, D. 91, 2, 113.

(2) L. 15, D. 28, 7, *De cond. inst.*

(3) Bufnoir, *Théorie de la cond. en Dr. rom.*, p. 33 et suiv.

(4) Savigny, de Vangerow, cités par Bufnoir, *loc. cit.*, p. 37.

Il en sera de même du legs prévoyant le cas où le légataire lui-même se rendrait coupable d'un fait punissable.

Ainsi un testament contenait la condition que si le légataire venait à être condamné pour quelque délit, les enfants nés ou à naître de son mariage lui étaient substitués. On prétendit que ce legs était entaché de substitution. Mais comme en définitive le premier gratifié l'était sous condition résolutoire, et les seconds sous condition suspensive, il ne pouvait y avoir, en toute hypothèse, qu'un seul gratifié, donc pas d'ordre successif ni de substitution (1). Mais jamais on ne songea à soutenir que le legs visait une condition moralement impossible.

Il n'y a donc que des conditions contraires à la loi ou aux mœurs et non des conditions légalement ou moralement impossibles.

50. Les conditions illégales sont celles qui sont en opposition avec une loi à laquelle il n'est pas permis de déroger parce qu'elle intéresse l'ordre public, les mœurs ou les bonnes mœurs (Voy. t. I, n°s 186 et suiv.). Telles seraient les conditions qui porteraient atteinte au droit qu'a l'enfant naturel de rechercher sa mère (2), ou aux attributs de l'autorité maritale, par exemple en imposant au mari de ne pas reprendre sa femme qui a quitté le domicile conjugal; ou encore aux attributs de la puissance paternelle, par exemple, en imposant à un père l'obligation d'élever ou de ne pas élever ses enfants dans une religion déterminée. Nous avons déjà eu l'occasion de mentionner plusieurs cas d'application du principe, et il est inutile d'insister.

La condition imposée au donataire ou légataire de ne pas exercer ses droits de citoyen ne se rencontre guère plus aujourd'hui dans les actes de libéralité. Dans tous les cas ce

(1) Bastia, 22 mai 1854, D. 55, 2, 10; Voy. LAURENT, t. XIV, n° 447.

(2) Trib. Tarbes, D. 1857, 2, 154.

serait le type des conditions illicites devant être réputées non écrites. On rencontre plus souvent des conditions par lesquelles le disposant veut diriger dans un certain sens l'exercice des droits politiques par le donataire ou le légataire. Elles constituent une atteinte à la liberté politique du citoyen, et dès lors il n'y a pas à en tenir compte. Mais de pareilles tentatives deviennent de plus en plus rares, parce que ne pouvant produire d'effet que sur quelques individualités, le résultat qu'elles peuvent procurer est insignifiant.

On préfère agir sur un champ plus vaste, au moyen de fondations ayant pour objet, soit la bienfaisance, soit l'enseignement.

Dans cet ordre d'idées on rencontre dans les actes de libéralités, certaines clauses par lesquelles les donateurs ou testateurs subordonnent le maintien des fondations qu'ils veulent faire à la condition que ces fondations seront administrées à perpétuité par des commissions dont ils déterminent eux-mêmes la composition, les attributions, etc., contrairement à cet axiome de droit public que la volonté privée ne peut pas créer des personnes morales dans l'État (1). Il est manifeste que de pareilles conditions ne peuvent produire aucun effet.

51. Mais le plus souvent, au lieu de chercher à créer une sorte de personne morale nouvelle, les donateurs ou testateurs adressent leurs libéralités à une personne morale existant déjà, à une commune par exemple, et prétendent lui imposer, à perpétuité, une organisation particulière pour l'administration et la jouissance de la fondation.

Voici un exemple caractéristique des conditions de cette nature :

Un legs avait été fait à une commune pour doter l'école primaire, sous la condition que l'instituteur serait choisi par le curé de la paroisse, qu'il serait membre de la famille du

(1) L. 1, D. 3, 4, *Quod cujusc. univers.*

testateur et le plus digne de ses parents par sa capacité, ses bonnes mœurs, et surtout par son sincère attachement à la religion catholique. C'était là une atteinte flagrante au droit qui appartient à l'autorité civile de nommer les instituteurs communaux. La clause aurait dû être déclarée non écrite par application de l'art. 900. Mais la disposition entière a été annulée pour permettre aux héritiers de reprendre la chose donnée, sous prétexte que la condition illicite avait été le motif impulsif et déterminant de la libéralité (1)!

On peut dire d'une manière générale que toutes les libéralités faites à des communes sous la condition que l'enseignement y serait donné par des prêtres, des religieux ou des congréganistes, ou même par des laïques pris dans une classe déterminée, ont toujours été illicites comme portant atteinte aux droits de l'administration (2).

52. Cependant, et en fait, un grand nombre de communes avaient été autorisées à accepter des donations subordonnées à de pareilles conditions. La loi du 31 octobre 1886 *sur l'organisation de l'enseignement primaire* ayant laïcisé le personnel de l'enseignement dans les écoles communales, les communes dont nous venons de parler n'ont plus eu la possibilité de remplir les conditions dont il s'agit. Quel était, dans ce cas, le droit du donateur ou de ses ayants-cause? Il semblait rationnel de décider que la condition étant devenue illicite, sans contestation possible, devait être considérée comme non avenue, et que les libéralités devaient demeurer acquises aux communes par application de l'art. 900. Cela fut demandé (3). Mais les donateurs pouvaient avoir à exercer des actions autres que celles en reprise ou révocation en supposant

(1) Cass. 20 nov. 1878, D. 79, 1, 304; Lyon, 6 août 1884, D. 86, 2, 121.

(2) Cass. 3 nov. 1886, D. 87, 1, 157; *Contrà*, Nîmes, 22 janv. 1890, D. 91, 2, 113.

(3) Par M. Jules Roche, *J. Off.*, 1er mars 1886.

qu'une action de ce genre leur appartînt, et il importait que la situation des communes fût très promptement réglée d'une manière définitive. En conséquence l'art. 900 de la loi du 31 octobre 1886 fut rédigé de la manière suivante :

« Toute action à raison des donations et legs faits aux communes antérieurement à la présente loi, à la charge d'établir des écoles ou salles d'asile dirigées par les congréganistes, ou ayant un caractère confessionnel, sera déclarée non recevable, si elle n'est pas intentée dans les deux ans qui suivront le jour où l'arrêté de laïcisation ou de suppression de l'école aura été inséré au *Journal Officiel.* »

Quelle est l'exacte portée de cette disposition?

On dit que : « L'art. 19 consacre législativement l'interprétation que la Cour de cassation donne de l'art. 900, au moins en ce sens que la condition illicite ne doit pas nécessairement et toujours être réputée non écrite dans une donation, et sauf à savoir dans quel cas la condition annulera la donation. En effet, l'existence de l'*action en révocation*, pour laquelle l'art. 19 accorde deux années, ne se concevrait pas, si la condition illicite devait toujours être réputée non écrite dans la donation qui a éte soumise à cette condition (1). »

Ce raisonnement serait irréprochable s'il était démontré que l'art. 19 n'a eu en vue que l'*action en révocation* pouvant résulter de l'inaccomplissement de la condition. Mais quoique dans la discussion de la loi de 1886 on ait souvent raisonné en vue de cette action, il n'en est pas moins vrai que le texte finalement adopté a été rédigé d'une manière générale de manière à s'appliquer à *toute action à raison des donations et legs*... Il faut donc faire deux remarques :

1° La loi de 1886 ne crée pas une action nouvelle et spéciale au profit des donateurs;

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 361; Cass. 29 juill. 1889, S. 90, 1, 104; Cass. 18 juin 1888, S. 89, 1, 145 et la note; Trib. Mont-de-Marsan, 22 déc. 1887; Trib. d'Orange, 11 déc. 1888, S. 89, 2, 176.

2° Elle limite à deux ans *toute action à raison des donations ou legs...*, c'est-à-dire *toute action* leur appartenant déjà d'après le droit commun, et pour le jugement desquelles les tribunaux devront d'ailleurs se référer aux règles ordinaires.

53. Or, quelles sont ces règles? La réponse est facile : Si la condition envisagée, considérée comme charge, est nulle dès le principe, ainsi que le décide la Cour de cassation, il ne saurait être question de prononcer la révocation de la donation pour cause d'inexécution des charges, il suffira de constater, comme le fait la Cour suprême, que cette condition a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité.

Si au contraire on admet la révocation pour inexécution des charges, on décide implicitement que la condition n'était pas illicite, mais on méconnaît le principe que l'inexécution des charges n'entraîne la révocation d'une libéralité que si cette inexécution est imputable au donataire ou légataire. Mais si l'inexécution provient d'un obstacle de force majeure, d'une loi comme dans l'espèce, le donataire ou légataire doit se trouver libéré, comme le serait tout débiteur d'une obligation de faire, et le donateur, par conséquent, n'a plus le droit de se plaindre de l'inexécution de la condition (1).

Mais ce qui est inadmissible, c'est qu'une donation soit anéantie tout à la fois parce qu'une condition, jugée illicite, en était la cause déterminante et impulsive, et pour inexécution de cette même condition illicite!

C'est cependant ce que fait la jurisprudence. La Cour de cassation décide en effet que lorsqu'une libéralité a été faite à une commune pour l'établissement d'une école sous la condition illicite de la direction de cette école par des religieux, et que cette condition *n'a pas été respectée*, et lorsque le maintien *à perpétuité* de l'enseignement congréganiste a

(1) Demolombe, *Oblig.*, t. III, nos 598 à 600; Aubry et Rau, § 708; Planiol, note sous Nîmes, 22 janv. 1890, D. 91, 2, 113; *Contrà*, Cass. 22 nov. 1892, D. 93, 1, 67.

été *la cause impulsive et déterminante* de la libéralité, la révocation de la libéralité est à bon droit prononcée *pour inexécution de la condition* jugée illicite (1)!....

Une Cour est encore allée plus loin; après avoir considéré un tel acte comme étant une donation, et lui avoir appliqué la formule de *la cause déterminante et impulsive*, elle traite finalement cet acte comme étant à titre onéreux, elle décide que l'acte par lequel un particulier cède un immeuble à une commune, à la condition de l'employer à un usage déterminé par lui et devant entraîner des dépenses annuelles, n'est pas une libéralité; que, par suite, si la condition imposée à la commune est illicite, l'acte doit être entièrement annulé (2).

Avec une telle jurisprudence, on ne sait plus si l'acte doit être révoqué par application des principes sur la cause, en vertu de l'art. 1131, ou par application de l'art. 953 pour inexécution des charges, ou en vertu de l'art. 1172 concernant les conditions illicites dans les contrats à titre onéreux!

54. Toutes ces cavillations n'ont d'autre but que d'éluder l'application de l'art. 900, et de faire naître au profit du donateur, et surtout de ses héritiers, le droit de reprendre le bien donné.

Il faut voir maintenant comment ce droit va fonctionner dans la pratique.

Quand un immeuble a été donné à une commune pour l'établissement d'une école congréganiste, l'accomplissement d'une telle prestation est indivisible. Donc en cas de substitution de l'enseignement laïque à l'enseignement confessionnel, il suffira que l'un des héritiers ne veuille pas adhérer à cette substitution pour que la libéralité soit révoquée pour le tout. Cela a été notamment décidé dans une espèce où le seul héritier qui demandait la révocation de la donation

(1) Cass. 29 juill. 1889, S. 90, 1, 104; Montpellier, 2 fév. 1891, S. 91, 2, 191.

(2) Nîmes, 22 janv. 1890, D. 91, 2, 113 et la note.

n'était intéressé que pour 1/48 dans la succession du donateur (1) ! Or c'est pour éviter de pareils résultats que l'article 900 déclare les conditions illicites non écrites.

La révocation de la donation va donner ouverture à un droit de mutation; sur qui devra porter la nécessité de l'acquitter ?

L'art. 21 de la loi du 22 frim. an VII met ces droits à la charge des « nouveaux possesseurs ». Mais les tribunaux peuvent, lorsque la perception du droit a été rendue nécessaire par le fait de l'une des parties, laisser à sa charge le paiement de ces droits à titre de dommages (2). En cas de faute commune, les droits peuvent être partagés entre l'ancien et le nouveau propriétaire (3) ; or il y a un tel parti pris contre les communes qu'une Cour, en constatant que l'inexécution de la condition imposée n'était pas imputable à la commune a néanmoins décidé que le droit de mutation auquel donne ouverture la révocation de la donation devait être supporté pour parts égales par le donateur et la commune donataire (4) !

55. On peut rapprocher des conditions illicites que nous venons d'examiner celle qui a été apposée par un testateur à un legs en faveur d'un évêque et de ses successeurs d'affecter les biens donnés à l'entretien d'une école (5).

Est pareillement illicite la clause d'un testament portant que le capital d'une rente léguée aux pauvres appartiendra à la fabrique ; une telle clause méconnaît les attributions tant du conseil de fabrique que du bureau de bienfaisance (6).

(1) Paris, 3 juill. 1890, S. 91, 2, 74; Conf. Toulouse, 16 juill. 1889, S. 91, 2, 73 et la note.

(2) Cass. 16 août 1860, D. 60, 1, 495; Paris, 15 juill. 1867, D. 67, 2, 70; Comp. Limoges, 9 janv. 1878, D. 78, 2, 264.

(3) Cass. 9 juill. 1849, D. 52, 2, 4.

(4) Nimes, 22 janv. 1890, D. 91, 2, 113 et la note.

(5) Grenoble, 18 avr. 1889, S. 91, 2, 145.

(6) Toulouse, 4 nov. 1890, S. 91, 2, 151.

Mais les clauses qui ont trait seulement à la distribution, par les soins du curé de la paroisse, des sommes ou revenus de rentes léguées pour les pauvres, sont valables, car elles ne mettent pas obstacle au droit d'acceptation appartenant aux bureaux de bienfaisance (1).

Une Cour a même jugé que le mandat de distribuer emporte nécessairement dispense de rendre compte, et que, par suite, il est inutile d'insérer cette précision dans la disposition (2). Mais cette solution est inadmissible; il n'est pas possible d'enlever ainsi aux bureaux de bienfaisance tout contrôle sur la distribution; les clauses insérées dans ce but seraient illicites (3), au moins pour les fondations permanentes. Pour les simples distributions d'aumônes, on pourrait considérer qu'une telle libéralité faite aux pauvres, avec indication d'un tiers pour faire la distribution, et avec exclusion de toute intervention du bureau de bienfaisance, peut s'interpréter en une libéralité faite directement au tiers avec charge de distribuer (4). Encore faudrait-il dans ce cas reconnaître au bureau de bienfaisance le droit d'action pour exiger l'exécution de la libéralité.

§ 7. — Conditions contraires à la liberté civile (*suite*).

56. — Conditions portant atteinte à la liberté,
57. — Quant au droit de choisir sa résidence,
58. — Sa profession ou sa religion,
59. — De se marier ou de ne pas se marier,
60. — Ou de se remarier.
61. — De la condition imposant un changement de nom,

(1) Limoges, 28 janv. 1889, S. 91, 2, 149; Paris, 23 janv. 1891, S. 91, 2, 206; Voy. cep. *Avis du Conseil d'État* du 7 juill. 1881, D. 82, 3, 23.

(2) Arrêt précité de la Cour de Limoges.

(3) Cass. 14 juin 1875, D. 76, 1, 132; Comp. Cass. 22 août 1881, D. 82, 1, 476.

(4) Brémond, *Revue critique*, 1892, *Examen doctrinal*, p. 584.

62. — Ou une renonciation.
63. — Des clauses d'inaliénabilité et d'insaisissabilité.
64. — Des clauses pénales portant défense aux héritiers d'attaquer le testament.
65. — Le statut sur les conditions illicites est tantôt personnel, tantôt réel.

56. Le but des autres conditions illégales dont il nous reste à parler, est presque toujours d'imposer une contrainte à la liberté civile, en restreignant ou supprimant les droits qui appartiennent à l'individu.

En pareille matière, *la Déclaration des droits de l'homme* doit servir de base à la doctrine comme à la jurisprudence ; nous y lisons :

« Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont : *la liberté*..... La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi... La loi n'a le droit de défendre que les actes nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. »

Toute condition qui entrave la liberté ainsi entendue est contraire à la loi et doit être réputée non écrite (1). Mais la jurisprudence, fidèle au système par elle adopté, admet que la disposition entière doit être anéantie qnand la condition a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité, d'après l'appréciation souveraine des juges du fond (2). Il convient de remarquer que les faits auxquels se rapportent les conditions dont il s'agit, ne sont, en eux-mêmes, ni contraires aux

(1) Laurent, t. XI, n° 441.
(2) Cass. 8 avr. 1889, D. 90, 1, 206.

lois, ni contraires aux mœurs ; tels sont le fait de divorcer ou de ne pas divorcer, de se marier ou remarier, de choisir un domicile, une profession, d'aliéner ou de ne pas aliéner, etc. Mais ces faits doivent demeurer *libres* et la volonté de l'agent ne doit subir d'autre influence que celle résultant des circonstances ordinaires de la vie sociale. Il ne saurait appartenir à un disposant d'ajouter encore à ces mêmes circonstances un élément nouveau de compression.

57. Le droit de choisir à sa fantaisie le lieu de sa résidence habituelle et les personnes en compagnie desquelles on entend vivre, est évidemment la plus élémentaire de toutes les libertés. Toute condition qui aurait pour but de restreindre l'exercice d'un droit aussi *naturel* est donc illicite. Il est vraiment incroyable qu'on veuille y apporter des restrictions.

« Qu'y aurait-il à reprendre, s'écrie Demolombe, dans la condition qui serait imposée à une mère de ne pas se séparer de ses enfants? »

Rien assurément, mais la mère peut déclarer qu'il n'entre pas dans ses vues de vivre à côté d'eux, et qu'elle n'a pas à rendre compte des motifs de sa conduite.

« Qu'y aurait-il à reprendre, continue le même auteur si une libéralité était faite à une femme de mœurs déréglées sous la condition qu'elle se retirera dans un couvent, afin de l'*arracher* à ses désordres, ne serait-ce pas là aussi une condition morale et exemplaire? » Incontestablement; mais il ne s'agit pas de faire de la morale, mais d'appliquer le droit positif.

« Enfin, ajoute Demolombe, qui pourrait critiquer la condition qu'un disposant aurait imposée à son légataire, *professeur célèbre,* de demeurer dans sa ville natale, afin de lui consacrer son enseignement. L'utilité publique doit alors l'emporter sur l'*intérêt* du légataire (1). » Voilà donc le légataire

(1) T. XVIII, nos 270, 271.

exproprié, au nom de l'utilité publique, *du droit* qui lui appartient de choisir sa résidence! L'autorité des jurisconsultes de l'ancien droit, qui vivaient sous le régime des lettres de cachet, ne diminue en rien l'absurdité de toutes ces restrictions.

Mais il n'y aurait pas de restriction illicite dans la clause qui se bornerait à créer pour le bénéficiaire un intérêt spécial à choisir une résidence déterminée plutôt qu'une autre. Ainsi serait valable la disposition imposant à un légataire universel l'obligation alternative de payer à une commune une rente annuelle d'une certaine somme s'il y fixe sa résidence, ou une rente d'une somme supérieure s'il s'établit ailleurs (1).

58. La condition d'embrasser ou de ne pas embrasser un état déterminé est également attentatoire à la liberté individuelle et par suite doit être réputée non écrite (2). La raison donnée par les partisans de l'opinion contraire est incroyable : La liberté de choisir une profession n'existe pas en réalité, dit Demolombe (3) ; elle est plus ou moins dominée par les circonstances, la condition d'embrasser tel état ou profession ne sera qu'une circonstance de plus ajoutée à toutes celles qui influent sur sa décision ! S'il était au pouvoir de l'homme de diminuer le nombre des circonstances qui peuvent influer sur sa libre volonté, le bon sens lui commanderait d'agir en ce sens ; que faut-il donc penser de la solution qui consiste à augmenter le nombre de ces circonstances oppressives ?

La condition de se faire ou de ne pas se faire prêtre ou religieux doit être régie par les mêmes principes, abstraction faite de toute appréciation théologique. Une telle condition, quelle que soit l'intention du disposant, a toujours pour effet de gêner la liberté religieuse ou civile du bénéficiaire (4). Cette

(1) Alger, 11 janv. 1876, D. 77, 2, 124.

(2) Demante et Colmet de Santerre, t. IV, n° 16, *bis* VI ; Laurent, t. XI, n° 443.

(3) T. XVIII, n° 264.

(4) Demante et Colmet de Santerre, t. III, n° 16, *bis* VI ; Comp. Demolombe, t. XVIII, n°s 259, 260 ; Laurent, t. XI, n°s 503 et suiv.

liberté serait également compromise par la condition de vivre et de mourir dans une religion spécialement désignée (1). Les solutions différentes proposées sur ces divers points et autres semblables ont leur source dans une pure équivoque; de ce que le fait envisagé n'est pas illicite en lui-même, ou immoral, on en conclut qu'il peut servir d'objet à une condition; on oublie que ce fait doit demeurer libre, et que la condition qui l'impose est prohibée, non à cause du fait lui-même, mais à cause de l'obstacle qu'elle apporte à l'exercice de la liberté.

Demolombe présente bien souvent de singuliers exemples de cette équivoque. Ainsi sur la question de savoir s'il faut considérer comme non écrite la condition imposée au légataire ou donataire d'épouser une personne professant une religion autre que la sienne, il s'exprime ainsi : « Mais pourtant les mariages mixtes ne sont contraires ni aux lois ni aux mœurs; et il serait difficile, à notre avis, de trouver illicite la condition qui est *imposée* à cet égard au gratifié (2). » Sans doute les mariages mixtes sont admis par les lois et par les mœurs; mais il faut qu'ils soient libres, et toute condition qui tend à les *imposer* est destructive de la liberté.

59. C'est surtout en matière de mariage qu'il convient d'assurer le respect de la liberté. Aussi considérons-nous comme contraire aux mœurs et illicite au premier chef, soit la condition de se marier ou de ne pas se marier, d'une manière absolue, soit la condition d'épouser ou de ne pas épouser une personne déterminée, ou une personne appartenant à telle classe de la société ou professant telle religion; il n'y a pas, dit avec raison M. Laurent, de conditions plus profondément illicites (3).

(1) LAURENT, t. XI, n° 445; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 261.
(2) *Loc. cit.*, n° 258.
(3) T. XI, n°s 494 à 499; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XVIII, n°s 248, 249; Comp. AUBRY et RAU, § 692; Caen, 16 mars 1875, D. 76, 2, 237; Pau, 29 avr. 1864, S. 74, 2, 312; Paris, 1er avr. 1862, D. 62, 2, 77.

La condition de ne pas se marier sans le consentement d'un tiers est certainement illicite. Mais si ce tiers est un ascendant on est généralement porté à considérer la condition comme valable (1). De ce que, dit-on, la loi permet à l'enfant qui a dépassé un certain âge, de se marier sans le consentement de ses parents, après leur avoir adressé des actes respectueux, on ne saurait en induire qu'elle approuve l'enfant qui tient une pareille conduite (2). Mais là n'est pas la question; il s'agit de savoir si on peut ainsi restreindre le droit *d'ordre public* de se marier, dans certaines conditions, sans le consentement de ses parents (3).

60. La condition *de ne pas se remarier* ou de *viduité* imposée à un veuf ou à une veuve doit être régie par les mêmes principes (4). Mais sur ce point la doctrine est divisée: les uns admettent qu'une telle condition est toujours licite quel que soit l'auteur de la libéralité, et sans distinguer si le veuf ou la veuve a ou n'a pas d'enfants (5). D'autres regardent la condition de ne pas se remarier comme licite lorsqu'elle est imposée au survivant ayant des enfants, soit par son conjoint, soit par les parents de celui-ci (6); d'autres enfin admettent encore la validité de la condition imposée au survivant sans enfants par son conjoint prédécédé (7). Ces distinctions trahissent une préoccupation unique : celle de donner satisfaction à la volonté du disposant. Mais aucune ne se préoccupe du seul point qu'il

(1) Aix, 20 juill. 1881, D. 83, 1, 147.

(2) Demolombe, t. XVIII, n° 246.

(3) Laurent, *loc. cit.*, n° 500.

(4) Laurent, *loc. cit.*, n° 501; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 361; Rennes, 17 fév. 1879, S. 79, 2, 115.

(5) Demolombe, *loc. cit.*, n° 250; Montpellier, 14 juill. 1858, S. 59, 2, 305.

(6) Duranton, t. VIII, n° 628; Demante et Colmet de Santerre, t. IV, n° 16, *bis* VI.

(7) Aubry et Rau, § 692, texte et note 14; Cass. 18 mars 1867, D. 67, 1. 332.

y avait à vérifier : celui de savoir si une condition de viduité est compatible avec le droit, droit d'ordre public, qui appartient à toute personne de se marier, et par conséquent de se remarier.

La jurisprudence admet, d'une manière générale, que la condition de viduité n'est pas illégale, attendu que la prohibition dont elle était frappée par les lois des 5-12 septembre 1791, 5 brumaire et 17 nivôse an II n'a pas été reproduite par le Code civil, et que c'est aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier la *moralité* de cette condition (1). Mais quand même les lois dont il s'agit seraient abrogées, ce qui est contestable, il n'en est pas moins vrai qu'elles doivent servir d'interprétation à l'art. 900 qui n'a d'autre but que d'en reproduire la substance (2).

Quoi qu'il en soit, voici comment les tribunaux exercent le pouvoir discrétionnaire qu'ils se sont attribué : la condition de viduité doit être appréciée suivant l'âge, la condition de famille, la situation sociale et l'éducation des parties en cause ; en conséquence elle doit être réputée non écrite comme contraire aux mœurs et comme une violation de la liberté naturelle, lorsque la femme survivante à laquelle elle a été imposée par son conjoint est encore jeune, n'a point d'enfants et se trouve impliquée, en sa qualité de commerçante, dans des affaires nombreuses et difficiles (3). Elle serait donc valable si toutes ces circonstances n'existaient pas ! Mais cela est inadmissible ; on comprend que les tribunaux aient un certain pouvoir d'appréciation pour rechercher le véritable caractère d'un acte *d'après l'intention des parties*. Mais quand cette intention est constatée, les tribunaux doivent lui appliquer les règles du droit qu'elle comporte, il ne leur appartient pas de

(1) Bourges, 14 avr. 1890, D. 90, 5, 120; Nancy, 20 déc. 1879, D. 80, 2, 203.

(2) LAURENT, *loc. cit.*, n° 440.

(3) Liège, 11 janv. 1883, D. 84, 2, 62.

substituer leurs appréciations à celle du disposant lui-même, sous prétexte d'en juger *la moralité*. La condition doit être prise telle qu'elle est; elle est dans tous les cas une entrave à la liberté du mariage, et elle doit être dans tous les cas réputée non écrite.

61. Que décider de la condition imposée à un légataire ou donataire de changer de nom ou d'ajouter un nouveau nom à celui qu'il porte? On décide en général qu'une telle condition n'a rien d'illicite (1). Nous pensons qu'une distinction est nécessaire.

S'il s'agit d'ajouter un nom nouveau à celui que le gratifié porte déjà, la disposition implique, pour le donataire ou légataire, l'obligation virtuelle de demander l'autorisation nécessaire pour modifier ainsi son nom. Si l'autorisation est refusée la clause sera alors réputée impossible et considérée comme non écrite, à moins qu'il ne soit possible de l'interpréter en ce sens que le disposant a entendu subordonner les effets de sa libéralité à l'obtention même de l'autorisation nécessaire.

Mais si la condition prétend imposer au gratifié le sacrifice du nom qu'il porte en échange d'un nom nouveau, le gratifié se trouve placé entre un intérêt pécuniaire et l'intérêt moral qui s'attache à la conservation de son nom de famille; l'équilibre ne peut s'établir, la clause est une entrave à la liberté et doit être non avenue.

62. Donc si la clause conditionnelle se traduisait pour le gratifié en une option à faire entre deux droits pécuniaires, il n'y aurait aucune difficulté à la valider si d'ailleurs aucune autre règle spéciale ne s'y oppose. C'est ce qui a lieu pour la condition de renoncer à une succession ouverte. Il en serait autrement de la condition de renoncer à une succession non encore ouverte; l'art. 791 ne le permet pas, quelles que soient les combinaisons adoptées (2). Quand même il serait

(1) Demolombe, *loc. cit.*, n° 274.
(2) Cass. 8 avr. 1889, D. 90, 1, 200.

entendu que la renonciation ne doit avoir lieu qu'après le décès des auteurs du légataire, le seul fait de l'acceptation de la libéralité constituerait un pacte sur une succession future; la condition serait donc illicite, et il ne serait pas permis de la considérer, jusqu'à son événement, comme simplement suspensive de l'effet de la libéralité (1).

On ne peut pas davantage renoncer au droit de réclamer des aliments; donc si le forfait par lequel un père abandonne à sa fille le capital de la pension qu'il lui servait, moyennant la renonciation par cette enfant à réclamer dans l'avenir aucune pension alimentaire, peut être considéré comme une donation déguisée faite par le père à sa fille, la condition de renonciation étant illicite devra être réputée non écrite (2).

63. Pour ce qui concerne les conditions portant prohibition absolue ou temporaire d'aliéner, nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut à l'occasion des principes généraux sur la propriété individuelle (t. IV, n°s 84 et suiv.).

Dans l'opinion que nous avons adoptée sur la condition d'inaliénabilité, il faut décider que la clause d'insaisissabilité des immeubles est illicite (3). Quiconque est obligé personnellement, est en effet tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens présents *et à venir* (art. 2092). L'exception tirée de l'art. 581, C. pr. civ., ne saurait recevoir d'extension. La jurisprudence admet cependant la validité de cette clause à l'égard des créanciers antérieurs à l'acte qui, dit-on, n'ont pas dû compter sur les biens à venir (4), mais la déclare non écrite à l'égard des créanciers postérieurs (5).

(1) Duranton, t. VIII, n° 146; Demolombe, *loc. cit.*, n° 277; Laurent, *loc. cit.*, n° 455; *Contrà*, Pau, 27 déc. 1883, D. 85, 2, 200.

(2) Pau, 23 juin 1884, D. 85, 2, 248.

(3) Demolombe, *loc. cit.*, n° 311; Laurent, *loc. cit.*, n° 472; Riom, 23 janv. 1847, D. 47, 2, 122; Montpellier, 16 janv. 1852, D. 55, 1, 24.

(4) Cass. 16 avr. 1877, D. 78, 1, 165; *Contrà*, Cass. belge, 2 mai 1878, D. 79, 2, 771.

(5) Poitiers, 12 mars 1885, D. 86, 2, 279.

Les créanciers personnels du défunt devenus créanciers personnels de l'héritier vis-à-vis de qui les biens légués ont été déclarés insaisissables, vont se trouver ainsi soumis aux restrictions que doivent subir les créanciers ordinaires de l'héritier. Le défunt a donc pu enlever à ses propres créanciers le droit de gage imparfait qu'ils avaient sur ces biens (1).

64. Les conditions insérées dans un testament peuvent, selon les distinctions ci-dessus établies, être licites ou illicites.

Si la condition doit être regardée comme licite, le testateur aura pu valablement ajouter aux dispositions par lui faites, une clause pénale portant défense à ses héritiers de les attaquer, sous peine d'être privés de l'avantage qu'ils doivent retirer du testament.

Si au contraire la condition imposée est illicite, la clause pénale est inopérante, et les héritiers peuvent attaquer le testament sans encourir la peine prononcée par le testateur contre ceux qui attaqueraient ses dispositions.

Or les héritiers qui attaqueront le testament soutiendront toujours que la condition qui y est renfermée est illicite. Leur demande ainsi formulée sera toujours recevable. Mais ils poursuivront l'instance à leurs risques et périls; s'ils succombent, il aura été vérifié que la disposition attaquée était licite, que le testateur a eu le droit d'en protéger l'exécution par une clause pénale, et la peine par lui prononcée sera encourue (2).

La règle que nous venons de formuler s'applique non seulement au cas où l'action en nullité serait motivée par l'insertion dans la disposition d'une condition qu'on prétendrait illicite, mais encore à toutes les hypothèses où la nullité de la disposition pourrait être demandée pour d'autres motifs. La défense d'attaquer le testament produira son effet à

(1) Cass. 17 mars 1856, D. 56, 1, 162.

(2) Demolombe, *loc. cit.*, n° 278; Laurent, *loc. cit.*, n° 474; note dans D. 1846, 1, 5; Cass. 22 juill. 1874, S. 74, 1, 479.

l'égard de toute action en nullité qui serait fondée sur un motif d'intérêt purement privé.

Il en sera de même de la défense insérée dans un partage d'ascendant d'attaquer l'acte sous peine de perdre tout droit dans le disponible, pourvu qu'il n'en résulte aucune atteinte à la réserve.

La clause pénale serait-elle encourue par l'héritier qui déclarerait vouloir seulement faire interpréter la volonté du testateur afin de s'y conformer? La négative a été jugée pour le cas où rien n'établit que le testateur a voulu étendre la clause pénale à une semblable demande d'interprétation (1). Mais c'est à l'héritier à interpréter lui-même la clause qu'il trouve ambiguë; s'il est dans la nécessité d'assigner le légataire, c'est que l'interprétation de ce dernier ne correspond pas à la sienne. Si donc il succombe, c'est qu'il a manifesté une prétention contraire aux termes de la disposition; il a donc attaqué cette disposition et par conséquent la peine est encourue (2).

La défense d'attaquer la disposition ne produira au contraire aucun effet à l'égard des actions en nullité fondées sur un motif d'ordre public, sur ce que, par exemple, l'acte renfermerait une substitution prohibée (3), on porterait atteinte à la réserve (4), on attribuerait des droits à un enfant dont on contesterait la légitimité (5), ou serait le résultat de la suggestion ou de la captation, cas auquel la clause pénale tendrait à protéger le dol qui a détruit la libre volonté du disposant (6), sauf à encourir la peine au cas où l'action

(1) Liège, 3 juill. 1890, *Pas.*, 91, 2, 29.

(2) Voy. Cass. 5 juill. 1847, D. 47, 1, 256; LAURENT, *loc. cit.*, n° 484.

(3) Cass. 30 juill. 1827, D. *Répert.*, v° *Dispositions*, n° 185-2°.

(4) Paris, 28 janv. 1853, D. 55, 2, 40; Comp. Cass. 31 mars 1869, D. 69, 1, 521; Cass. 9 déc. 1862, D. 63, 1, 36.

(5) Lyon, 3 juill. 1823, D. v° *Dispositions*, n° 186.

(6) LAURENT, *loc. cit.*, n° 477; DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 286; Cass. 27 mars 1855, D. 55, 1, 257.

serait jugée mal fondée (1), ou enfin quand la nullité serait motivée par des vices de forme (2).

Dans tous les cas où la clause pénable est valable, elle est de stricte application si elle a été encourue, et non simplement comminatoire (3).

65. On considère en général comme étant personnel le statut des conditions non écrites dans les dispositions à titre gratuit.

Par conséquent, si la loi étrangère répute nulle la donation faite sous condition illicite au profit d'un de ses nationaux, cette donation faite en France ne produira aucun effet (4). De même, si un Français est donataire, il pourra réclamer le bénéfice de la fiction de l'art. 900 même quant aux biens situés dans un pays étranger où la disposition serait nulle.

Mais quand il s'agit de fondations qui sont d'intérêt général, la disposition de l'art. 900, quand elle s'y applique, forme pour cela même un statut réel.

Il en résulte que le gouvernement en faisant disparaître la condition illicite, pourrait donner effet à une donation faite dans un pays étranger où elle serait frappée de nullité (5).

(1) Cass. 22 déc. 1845, D. 46, 1, 5; et sur renvoi Amiens, 17 décembre 1846, D. 47, 2, 99; Nancy, 13 fév. 1867, D. 67, 2, 36.

(2) Cass. 18 janv. 1858, D. 58, 1, 24; Demolombe, *loc. cit.*, n° 285; Laurent, *loc. cit.*, n° 482.

(3) Cass. belge, 10 mars 1864, *Pas.*, 64, 1, 249; Demolombe, *loc. cit.*, n° 288; Laurent, *loc. cit.*, n°s 489 et 490.

(4) Laurent, *Dr. civ. intern.*, t. VI, n°s 227 et 228.

(5) Beltjens, *Encyclop.*, sur l'art. 900, n° 90.

CHAPITRE II.

DE LA CAPACITÉ DE DISPOSER ET DE RECEVOIR PAR DONATIONS ENTRE-VIFS OU PAR TESTAMENT.

§ 1er. — De la capacité de fait nécessaire pour disposer.

66. — Notions générales sur la capacité de disposer et de recevoir, art. 902.
67. — Capacité de disposer, art. 901; capacité de fait.
68. — Signification exacte de l'art. 901.
69. — Cas divers d'insanité d'esprit.
70. — De la preuve en cette matière.
71. — De l'action en nullité.
72. — Des vices du consentement; de l'erreur.
73. — De la violence et du dol.
74. — De la suggestion et de la captation; confirmation.

66. L'expression *capacité* ne présente aucun rapport avec les expressions analogues du droit romain.

En droit romain la *capacitas* exprimait la possibilité légale pour un individu, d'ailleurs régulièrement institué héritier ou légataire, de recueillir les émoluments attachés à la disposition par application des lois caducaires (*jus capiendi*) (1).

En droit français la même expression correspond à ce qu'on appelait la *factio testamenti*, active ou passive; elle désigne d'une manière générale : l'aptitude légale de figurer dans un acte de la vie civile, et, quant à la matière qui nous occupe, l'aptitude légale de figurer dans une donation ou dans un testament, soit pour disposer, soit pour recevoir.

Cette aptitude appartient en principe à tout le monde :

ART. 902. Toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre-vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables.

Il n'y a donc à s'occuper que des exceptions admises par

(1) L. 55 § 1, D. 31, *De leg.* 2°; ULPIEN, tit. XVI.

la loi et qui engendrent une incapacité de disposer ou de recevoir, soit vis-à-vis de tout le monde, et par conséquent *absolue*, soit vis-à-vis de certaines personnes seulement, et par suite *relative*.

L'incapacité relative de disposer à l'égard de certaines personnes, entraîne pour ces dernières une incapacité *corrélative* de recevoir. Mais les incapacités de disposer et de recevoir ne sont pas pour cela *réciproques*. Ainsi l'incapacité relative de disposer édictée à l'égard du mineur âgé de plus de seize ans, vis-à-vis de son tuteur, entraîne pour celui-ci l'incapacité *corrélative* de recevoir, mais non, par réciprocité, celle de gratifier son pupille.

67. Il faut d'abord étudier les incapacités de disposer.

Celui qui ne se trouve dans aucun des cas d'incapacité légale dont nous aurons à parler, a donc ce qu'on appelle la *capacité de droit*. Mais il ne suffit pas d'avoir cette aptitude légale à disposer; il faut encore se trouver dans des conditions telles qu'il soit possible, *en fait*, d'exercer cette aptitude; ainsi :

ART. 901. Pour faire une donation entre-vifs ou un testament,	il faut être sain d'esprit (*).

C'est-à-dire qu'il faut pouvoir exercer *en fait* l'aptitude dont on est investi *en droit*. Cet article s'adresse en effet à ceux qui, s'ils étaient sains d'esprit, pourraient, en droit, faire une disposition valable. Il ne concerne pas ceux qui ne pourraient pas faire valablement un acte de cette nature, quoique d'ailleurs ils fussent sains d'esprit.

Il faut donc distinguer entre le droit ou la *capacité de droit*, et l'exercice du droit ou la *capacité de fait*.

La capacité de fait est rattachée à la plénitude de la volonté de disposer au moment même où intervient l'acte de disposition.

(*) Art. 901. — L. 2, 3, 8, in pr. et § *ult.*; L. 9, 12, 13, § 2; L. 18, D. 28, *Qui test. fac. possunt*; ULPIEN, 20, 14; *Inst.* JUST., II, 12, § 1.

La plénitude de cette volonté peut se trouver détruite :

1° Par des causes personnelles au disposant lui-même, et ayant leur principe dans son état mental;

2° Par des causes venant d'un tiers, comme le dol, la violence, la captation.

Celui qui dispose à titre gratuit doit avoir une volonté absolument libre. Si la liberté de vouloir est, dans cet ordre d'idées, altérée au moment de l'acte, par un trouble mental, l'acte n'est pas valable. C'est là ce qu'a voulu exprimer l'art. 901. Mais cela est vrai d'une manière générale pour tous les actes dont le consentement est la base.

68. Il semble donc qu'il était inutile de formuler spécialement pour les donations entre-vifs et les testaments une vérité aussi évidente. Aussi tel n'était pas le but du projet primitif de l'art. 901; la proposition qu'il énonce aujourd'hui avait simplement pour but d'amener une disposition principale qui suivait immédiatement, et qui était ainsi conçue : « Ces actes ne pourront être attaqués pour cause de démence que dans les cas et de la manière prescrite par l'art. 15 (aujourd'hui 504) au titre de la majorité. » — Cette dernière partie du texte fut supprimée, de sorte qu'il est aujourd'hui certain que les dispositions à titre gratuit faites par une personne maintenant décédée pourront être attaquées et annulées pour cause d'insanité d'esprit, bien que son interdiction n'ait été prononcée ni provoquée pendant sa vie et que la démence ne résulte pas de l'acte lui-même (1).

La première partie du texte est donc demeurée isolée et a formé l'art. 901. Pour lui trouver un sens utile, on cite les paroles suivantes de Joubert dans son rapport au Tribunat : « C'est surtout dans les dispositions à titre gratuit que la liberté de l'esprit et la plénitude du jugement sont nécessaires. » — On en conclut que la sanité d'esprit est peut-être

(1) Dijon, 3 juin 1885, D. 86, 2, 228; Dijon, 20 déc. 1881, D. 83, 2, 8; Cass. 6 août 1877, D. 78, 1, 163.

exigée avec *plus de rigueur* dans la donation entre-vifs et dans le testament que dans tous les autres actes (1). Mais il ne faut pas prendre cette conclusion au pied de la lettre, autrement il en résulterait que si le même jour et devant les mêmes notaires et témoins, le disposant avait fait, de suite, un acte à titre onéreux et son testament ou une donation, le premier acte pourrait être maintenu et le second annulé, quoique l'état mental de l'agent fût demeuré le même.

69. La loi, en déclarant que le disposant, d'ailleurs non interdit, doit être *sain d'esprit*, se règle, non sur le côté spéculatif de l'intelligence, mais sur la conduite pratique de la vie sociale usuelle (2).

La nullité d'une disposition pour insanité d'esprit ne peut donc être prononcée sur le seul fondement :

1° De la prédominance d'opinions mystiques, politiques ou philosophiques poussées à leurs conséquences extrêmes, soit dans une direction spiritualiste, soit dans une direction matérialiste (3);

2° De croyances absurdes ayant leur source dans l'étude des prétendues sciences occultes (4);

3° D'un état alcoolique habituel (5);

4° D'une extrême vieillesse (6);

5° D'une infirmité physique, telle que la cécité ou la surdimutité (7).

On suppose, dans tous les cas ci-dessus, que le disposant, malgré son infirmité, son âge, son état alcoolique, ses idées ou croyances bizarres, a néanmoins conservé sa raison, et

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 368.
(2) Limoges, 6 fév. 1889, D. 90, 2, 73.
(3) Paris, 27 déc. 1877, D. 78, 2, 188.
(4) Limoges, 6 fév. 1889, précité; Chambéry, 9 août 1876, D. 78, 1, 163.
(5) Liège, 6 janv. 1890, *Pas.*, 90, 2, 127.
(6) Cass. 12 fév. 1868, D. 68, 1, 389.
(7) Cass. 17 déc. 1878, D. 79, 1, 409.

était en état de manifester sa volonté d'une manière claire et précise, dans la forme prescrite ou admise par la loi. Les juges du fond ont, à cet égard, un pouvoir souverain d'appréciation (1).

Mais le contraire peut arriver; une disposition à titre gratuit pourra donc être annulée dans les cas suivants :

1° Si le grand âge du disposant a engendré l'imbécillité sénile (2);

2° S'il était au moment de l'acte dans un état d'ivresse lui enlevant l'usage de sa volonté (3), sans qu'il y ait à distinguer entre l'ivresse produite par des excès volontaires, et l'ivresse provoquée par le fait d'un tiers;

3° Si les divagations spéculatives du disposant ont amené un trouble intellectuel dans l'ordre des faits de la vie pratique (4);

4° S'il était au moment de l'acte sous l'influence d'une passion violente, telle que la jalousie, la haine ou la colère, portée à un tel point que la faculté de vouloir aurait momentanément été altérée (5); mais l'ancienne action *ab irato*, considérée comme action spéciale, fondée sur une insanité d'esprit purement fictive, n'existe plus depuis que la loi du 30 ventôse an XII a abrogé les coutumes (6).

Dans les cas de monomanie ou démence partielle, il faudra uniquement rechercher si l'acte a été ou non déterminé par

(1) Cass. 22 oct. 1888, S. 89, 1, 7; Cass. 12 fév. 1881, D. 81, 1, 415.

(2) Cass. 7 mars 1864, D. 64, 1, 168.

(3) Nîmes, 29 janv. 1890, D. 91, 2, 97.

(4) Limoges, 6 fév. 1889, D. 90, 2, 73; Chambéry, 9 août 1876, D. 78, 2, 163.

(5) Paris, 27 nov. 1877, D. 78, 2, 188; Cass. 29 fév. 1876, S. 76, 1, 155; Comp. Trib. Bruxelles, 17 juill. 1889, *Pas.*, 90, 3, 8 et la note.

(6) Aubry et Rau, § 648, texte et note 9; Demante et Colmet de Santerre, t. IV, n° 17, *bis* V; Demolombe, t. XVIII, n° 347; Laurent, t. XI, n° 123; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 371.

la monomanie elle-même, telle qu'elle se trouve caractérisée en fait (1).

Il faut remarquer en effet que l'art. 901 se réfère uniquement à l'insanité d'esprit, au moment de l'acte, quelle que soit la cause qui a produit cette insanité. Il n'est pas plus question de folie ou d'aliénation mentale que de toute autre cause d'insanité. Par conséquent les distinctions plus ou moins justifiées, admises par les aliénistes, peuvent avoir leur utilité pour la direction du traitement à faire suivre à un malade, mais n'ont pas la même importance quand il s'agit d'apprécier la valeur juridique d'un acte. La mission du juge se réduit uniquement à rechercher si, au moment où l'acte a été passé, le disposant jouissait de sa raison, ce qui est une pure question de fait à résoudre, non par application de théories ou de distinctions plus ou moins contestables, mais d'après les témoignages et les faits constatés. L'individu non interdit étant toujours présumé sain d'esprit, les actes émanés de lui ne peuvent être annulés s'il n'est pas démontré qu'il était privé de ses facultés, c'est-à-dire en état d'insanité d'esprit, au moment même de l'acte (2).

70. Cette preuve pourra être faite tant par actes que par témoins, quelle que soit l'importance du litige. Elle pourra aussi résulter de présomptions. La Cour de cassation a fait à cet égard une précision importante; elle a décidé « que l'incapacité prétendue d'un testateur, comme non sain d'esprit, doit être prouvée exister au moment de la confection du testament, *ou ce qui comprend cette époque, habituellement et sans intervalle lucide* (3).

(1) Cass. 6 août 1877, S. 78, 1, 272; AUBRY et RAU, § 648; DEMOLOMBE, t. XVIII, nos 339 et suiv.; LAURENT, t. XI, no 115; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, no 372.

(2) Dijon, 30 juin 1885, D. 86, 2, 228; 20 déc. 1881, D. 83, 2, 8; Paris, 9 mars 1877, D. 78, 2, 34.

(3) Cass. 26 mars 1822, DALLOZ, *Répert.*, v° *Dispositions*, no 198; Bruxelles, 9 janv. 1867, *Pas.*, 67, 2, 305; Gand, 4 août 1883, *Pas.*, 85, 2, 63.

Par conséquent il ne s'agit pas de prouver que, à la minute précise où le disposant a apposé sa signature sur l'acte, il était atteint d'insanité d'esprit, mais qu'il était atteint de cette insanité *pendant le temps dans lequel l'époque de la confection de l'acte se trouve comprise;* de plus, il devra établir que cette insanité avait pour caractère d'être permanente, c'est-à-dire de ne pas présenter d'intervalles lucides. Si cette preuve est faite il en résultera, par voie de présomption, que l'insanité existait au moment précis de la confection de l'acte (1). Ce sera au défendeur à prouver, s'il le peut, que l'état du disposant présentait des intervalles lucides.

Mais cela suppose que la cause de l'insanité tenait à un état d'esprit considéré comme pouvant avoir une certaine durée. Si au contraire il était allégué que l'insanité avait sa cause dans un fait momentané, tel que l'ivresse, le demandeur devrait établir que le disposant était sous l'empire de l'ivresse au moment même de la confection de l'acte; il ne lui suffirait pas d'établir l'habitude de l'ivresse. La circonstance que le testateur se serait donné la mort ne saurait être considérée comme une preuve de son insanité d'esprit au moment de l'acte (2).

Quand il s'agit de faire annuler un testament authentique pour cause d'insanité d'esprit du testateur, il n'est pas nécessaire, pour être admis à la preuve de cette insanité, de recourir à l'inscription de faux contre la déclaration faite par le notaire que le disposant était ou lui a paru sain d'esprit, cette déclaration, si elle n'est pas une vaine formule, contient seulement l'expression de l'opinion du notaire sur un état mental que la loi ne l'a pas chargé de constater (3). Il en est autrement de la mention que le testament a été dicté par le testateur au notaire qui l'a reçu; cette constatation, que le notaire est

(1) Comp. DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 361; LAURENT, *loc. cit.*, n° 116.
(2) Liège, 14 août 1865, *Pas.*, 67, 2, 414 et la note.
(3) Cass. 5 juill. 1880, D. 89, 1, 151.

chargé de faire, fait foi jusqu'à inscription de faux (art. 972); le demandeur qui soutient que le testateur était hors d'état de dicter son testament devra donc s'inscrire en faux (1).

71. Dans tous les cas où il y a lieu d'appliquer l'art. 901, la disposition envisagée doit être considérée comme n'existant pas, à raison, chez le disposant, d'une absence complète de la volonté. L'insanité d'esprit, en effet, ne vicie pas seulement la volonté, elle l'exclut.

De là il suit que l'action ayant pour but de faire tomber un acte à titre gratuit par application de l'art. 901 peut être intentée par toute personne intéressée, qu'elle est imprescriptible, et ne peut être couverte par aucune confirmation (2).

Au nombre des personnes intéressées, il faut comprendre : d'abord le donateur lui-même ; ensuite les ayants-cause universels, tels que les héritiers, les légataires universels et à titre universel, les donataires universels et à titre universel (art. 1082) du donateur ou du testateur. Il convient aussi d'y comprendre les donataires et légataires particuliers.

Les donataires et légataires particuliers auront intérêt à agir dans les cas où la quotité disponible aura été dépassée. Comme en pareille hypothèse la réduction devra porter d'abord sur les dispositions les plus récentes, on conçoit qu'en faisant tomber, par application de l'art. 901, les donations antérieures, le donataire postérieur et le légataire évitent de subir en tout ou en partie les effets de la réduction.

On peut encore supposer que le légataire particulier veuille faire tomber un testament postérieur ou une donation subséquente dont l'effet a été de révoquer la disposition dont il tient à profiter (3).

(1) Cass. 18 juin 1888, S. 90, 1, 523.

(2) Beltjens, *loc. cit.*, sur l'art. 901, n° 3; Dejamme, *Revue critique*, 1881, *Etude sur l'art.* 981, p. 141, 144.

(3) Toulouse, 17 janv. 1876, S. 76, 2, 141; Laurent, t. XI, n° 137.

72. Les vices ordinaires du consentement peuvent être une cause non d'exclusion complète, mais d'une simple altération de la volonté. L'erreur, la violence et le dol qui vicient les contrats à titre onéreux, peuvent également vicier les dispositions à titre gratuit.

L'erreur est une cause de nullité qui tient à un état d'esprit du disposant lui-même. Elle peut porter sur la chose donnée, elle peut porter aussi sur la personne.

Si le disposant a eu en vue de gratifier une certaine personne, et qu'il en désigne une autre par suite d'une erreur démontrée, la libéralité ne peut valoir ni en faveur de la personne désignée, ni en faveur de celle qu'il avait l'intention de gratifier. Il faut appliquer l'art. 1110. Si l'erreur a porté sur les qualités de la personne, elle ne sera une cause de nullité que si la qualité sur laquelle a porté l'erreur était le motif déterminant de la libéralité. Ainsi, par exemple, le testateur a fait un legs, en avancement de droits successifs à une personne qu'il avait ainsi qualifiée : *ma nièce* et *mon héritière*. Plus tard il est prouvé que la légataire au lieu d'être la nièce du testateur est un enfant supposé. Il est évident que la qualité de *nièce* et d'*héritière* a été le motif déterminant de la libéralité, puisqu'un legs en avancement de droits successifs impliquait nécessairement la présence de cette qualité. La donation doit donc être annulée. Toullier, à qui nous empruntons cet exemple, prétendait que la donation devait être annulée comme étant fondée sur une fausse cause, en vertu des art. 1108 et 1131 (1). Cela n'est pas exact; l'art. 1110 déclare, il est vrai, que : « L'erreur n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit *la cause* principale de la convention. » Mais ce n'est pas à *la cause* dont

(1) T. VI, n° 170.

parlent les art. 1108 et 1131 que l'art. 1110 a voulu faire allusion, car cet article accorde simplement une action en nullité à la victime de l'erreur, tandis que d'après l'art. 1131 la fausse cause doit faire réputer inexistante l'obligation qui en est affectée.

73. La violence et le dol sont des causes de nullité venant d'un tiers.

Suivant une distinction traditionnelle dont nous présenterons plus tard la justification, pour qu'une convention soit sujette à rescision pour dol, à la requête d'une partie, il faut que les manœuvres frauduleuses aient été commises par l'autre partie (art. 1116). Si le dol est commis par un tiers, il engendre seulement une action en indemnité contre son auteur, et ne porte pas atteinte à la validité de la convention.

Il en est autrement de la violence qui entraîne toujours nullité, qu'elle vienne d'un tiers ou de l'autre partie. Il n'y a pas de difficulté pour ce qui concerne l'application aux actes à titre gratuit des effets de la violence.

Pour le dol, il est certain que l'art. 1116 n'est pas applicable aux testaments qui ne sont pas des conventions (1). Mais ne devrait-il pas être appliqué aux donations qui sont incontestablement des conventions obligatoires? Nous ne voyons aucun motif juridique pour adopter une solution négative, et ceux qui acceptent sans difficulté une telle solution, n'en donnent aucune bonne raison :

« Il est vrai, dit Demolombe, que dans les actes à titre onéreux le dol n'est une cause de nullité de la convention, aux termes de l'art. 1116, qu'autant qu'il a été pratiqué par l'une des parties.

« Oui, dans les actes à titre onéreux!

« Mais précisément il est question ici des actes à titre gratuit; or dans les actes à titre gratuit la condition *essen-*

(1) Cass. 2 janv. 1878, S. 78, 1, 103.

tielle de leur validité, c'est *la volonté* du disposant; et par conséquent tout vice qui *détruit* cette volonté, est *destructif* de la disposition, de quelque part qu'il vienne (1). »

Mais ces affirmations sont absolument fausses; il ne s'agit pas d'un cas où *la volonté*, c'est-à-dire le consentement est détruit, et par conséquent n'existe pas, cas où la donation doit être considérée comme inexistante! Il s'agit au contraire d'un cas où la donation est simplement annulable pour cause de dol, d'un cas où, d'après Demolombe lui-même, la donation est si peu inexistante, si peu *détruite* par le dol que le vice dont elle est affectée *peut être purgé par une confirmation tacite de la part du donateur* (2)!

La jurisprudence arrive de son côté à confirmer cette doctrine en lui donnant pour base la déclaration de l'art. 901 qui veut que le donateur soit *sain d'esprit* (3). Mais c'est là un véritable abus d'interprétation; le dol ne produit pas une insanité d'esprit (4).

Il n'y a pas d'autre raison à donner de la solution admise par la doctrine et la jurisprudence que la tendance, favorisée par certaines dispositions du Code, qui porte à confondre sur bien des points, la théorie des *dons* avec la théorie des *legs* (5).

74. Le dol, en matière de dispositions gratuites, se traduit souvent par ce qu'on appelle la captation ou la suggestion.

Il y a *suggestion* quand une personne sollicite dans son propre intérêt ou dans l'intérêt d'un tiers, une libéralité de la part d'une autre personne qui ne songeait pas à la faire, et qui n'avait aucun motif pour la faire.

(1) T. XVIII, n° 383; Conf. LAURENT, t. XI, n° 130; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 373.

(2) *Loc. cit.*, n° 400.

(3) Cass. 27 juin 1887, S. 87, 1, 419; Cass. 2 janv. 1878, S. 78, 1, 103.

(4) DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 378.

(5) PLANIOL, *Revue critique*, 1888, *Examen doctrinal*, p. 713.

Il y a *captation* dans le fait de se concilier, à l'aide de moyens blâmables, la bienveillance d'une personne dans le but d'en obtenir des libéralités.

La suggestion et la captation ne peuvent être une cause de nullité que dans le cas où elles se sont produites par des faits caractéristiques de dol ou de fraude (1), de nature à porter une atteinte morale à la liberté du testateur en l'induisant en erreur d'une manière assez grave, pour que cette erreur soit le seul motif de ses dispositions (2), ou lui ait inspiré une volonté différente de celle qu'il aurait eue s'il avait été laissé à son inspiration personnelle (3).

La captation présente presque toujours une combinaison de deux ordres de faits destinés à procurer le même résultat; les premiers ont pour but de faire illusion au disposant sur les véritables sentiments de celui qui veut être gratifié, les seconds ont pour but de dénigrer les héritiers naturels du disposant, en donnant sur eux des indications ou renseignements faux ou calomnieux (4).

Le concubinage, s'il n'est plus en lui-même une cause d'annulation des libéralités entre-vifs ou testamentaires (5), pourra cependant être considéré comme un élément de captation (6). Quelquefois la suggestion, le dol et la violence seront employés tour à tour pour neutraliser la volonté du disposant (7); et pour rendre plus difficile la preuve des faits qui ont pesé sur cette volonté au moment où elle se manifestait, ou lui fera apposer une antidate à son testament olographe (8).

(1) Nimes, 9 déc. 1879, D. 81, 1, 415.
(2) Cass. 17 août 1882, D. 82, 5, 163; Chambéry, 9 août 1876, D. 78, 1, 163.
(3) Amiens, 8 fév. 1888, S. 88, 2, 167.
(4) Cass. 27 juin 1887, S. 87, 1, 419.
(5) Amiens, 8 fév. 1888, S. 88, 2, 167.
(6) Trib. Bruxelles, 23 mai 1873, *Pas.*, 73, 3, 295.
(7) Ex.: Cass. 19 juin 1877, D. 79, 1, 160.
(8) Cass. 20 juill. 1886, D. 87, 1, 83.

Dans tous ces cas le testament doit être annulé quant aux dispositions qui sont le résultat de la captation, sans qu'il y ait à distinguer entre celles dont profite l'auteur des manœuvres frauduleuses, et celles dont profitent les personnes demeurées étrangères à ces manœuvres.

Mais le testament peut contenir d'autres dispositions qui ont été parfaitement libres et réfléchies, et tout à fait indépendantes de celles qui doivent être annulées. Comme il n'y a pas d'indivisibilité nécessaire entre les divers legs contenus dans un testament, on peut concevoir que les uns puissent être maintenus et les autres annulés quand le testateur n'était pas dans un état général d'insanité (1).

Dans les cas de violence, erreur, dol, suggestion ou captation, la volonté n'est pas absolument détruite, mais seulement viciée. On peut donc comprendre qu'une confirmation de la part du disposant fasse disparaitre le vice qui affectait sa libéralité. Cela est admis sans difficulté pour les donations (2). Pour les testaments il y a plus de difficulté, à cause du principe que la volonté viciée dès l'origine ne saurait recevoir du seul laps de temps la validité qui lui manque, mais le long intervalle qui se serait écoulé depuis sa confection pourrait servir à prouver que les faits de violence ou autres n'auraient pas été réels ou suffisamment sérieux. Quoi qu'il en soit, l'observation prouve que l'action appartenant aux intéressés n'est pas imprescriptible. La question est de savoir s'il faut admettre la prescription de dix ans avec l'art. 1304 ou la prescription de trente ans; nous l'examinerons sous l'art. 1304.

§ 2. — De la capacité de droit nécessaire pour disposer.

75. — Personnes incapables de disposer.
76. — Des interdits.

(1) Cass. 17 juill. 1871, D. 72, 1, 37; Conf. LAURENT, t. XI, n° 140.
(2) Voy. DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 400 et les autorités citées.

77. — Des individus pourvus d'un conseil judiciaire.
78. — Des mineurs, art. 903, 904.
79. — Détails historiques.
80. — Etendue de l'incapacité du mineur qui a moins de seize ans.
81. — Du mineur parvenu à l'âge de seize ans.
82. — L'art. 904 contient une règle d'incapacité plutôt qu'une règle d'indisponibilité.
83. — Suite.
84. — Partage des biens dont le mineur ne peut disposer.
85. — Droit du mineur de régler ses funérailles, L. du 15 nov. 1887, art. 3.
86. — De la femme mariée.
87. — Des sœurs hospitalières, L. du 24 mai 1825.
88. — Des condamnés à une peine perpétuelle.
89. — Du failli.

75. Après avoir déterminé les conditions de fait nécessaires pour concevoir l'exercice de la capacité de disposer, il faut voir quelles sont les personnes qui sont, en droit, privées de cette capacité.

Sont frappés de l'incapacité de disposer :

1° Les interdits;

2° Les personnes pourvues d'un conseil judiciaire;

3° Les mineurs;

4° Les femmes mariées;

5° Ceux qui ont été condamnés à une peine afflictive et infamante perpétuelle;

6° Les faillis.

76. L'individu en état d'interdiction judiciaire est placé par la loi sous la protection d'une présomption générale d'incapacité n'admettant pas la preuve contraire. Nous avons déjà vu que l'art. 502 s'applique aux donations et testaments faits postérieurement à l'interdiction (t. III, n° 519); mais que l'art. 503, de même d'ailleurs que l'art. 504, n'est applicable qu'aux actes à titre onéreux, les actes à titre gratuit faits antérieurement à l'interdiction demeurant régis par l'art. 901 (t. III, n°s 521, 522). Il suit de là que le demandeur en nullité doit établir que l'insanité d'esprit existait au moment même

de l'acte; il ne lui suffirait pas d'établir qu'il était *notoire* qu'à l'époque de l'acte l'interdit se trouvait dans un état habituel de folie. La notoriété est en effet une sorte de publicité qui avertit les tiers; tant pis pour ceux qui, malgré cette publicité, ont traité à titre onéreux, avec celui qui, depuis, a été interdit; ils devaient s'abstenir. Mais il ne saurait en être de même de ceux qui figurent dans une disposition à titre gratuit. Comment leur demander de s'abstenir s'il s'agit d'un testament? S'il s'agit d'une donation, qui doit être régie par les mêmes règles, comment également leur demander de s'abstenir? L'acte doit valoir, dans les deux cas, à moins que le disposant n'ait pas été sain d'esprit au moment où il a donné ou testé; c'est au demandeur à l'établir (1).

Quant aux dispositions à titre gratuit faites par une personne qui, sans être interdite, était au moment où elle a agi retenue dans un établissement d'aliénés, elles sont annulables en vertu d'une présomption de démence ou d'insanité résultant de l'art. 39 de la loi du 30 juin 1838, sauf au défendeur à prouver qu'elles ont été faites dans un intervalle lucide, preuve qui ne pourrait pas être offerte s'il y avait eu interdiction (Voy. t. III, n° 533) (2).

77. Les individus pourvus d'un conseil judiciaire ne peuvent donner entre-vifs sans l'assistance de leur conseil, même quand il s'agit de dispositions par contrat de mariage au profit de leur futur conjoint (Voy. t. III, n°s 551, 552). La donation faite sans l'assistance du conseil serait nulle de droit aux termes de l'art. 502. Les donations faites avec assistance du conseil pourront toujours être annulées en vertu de l'art. 901, l'assistance du conseil ayant pour seul effet d'assimiler le prodigue ou le faible d'esprit, en complétant leur capacité, aux personnes jouissant de la plénitude

(1) *Contrà*, LAURENT, t. XI, n°s 109, 110.
(2) Voy. DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 377.

de leurs droits (1). Mais le testament, œuvre personnelle du testateur, n'est pas compris au nombre des actes interdits aux personnes pourvues d'un conseil judiciaire (Voy. t. III, n° 533) (2).

78. Les auteurs anciens et nouveaux font généralement observer : « que le disposant conférant au donataire ou au légataire un avantage purement gratuit, la donation ou le testament doit être l'œuvre d'une volonté plus réfléchie, plus libre, plus pure, plus spontanée que celle qui préside aux contrats à titre onéreux (3). »

Si cette observation est exacte, elle aurait pu avoir pour conséquence légitime de faire reculer, au moins pour le droit de tester, l'époque du libre exercice de la capacité de disposer ainsi. Or c'est tout le contraire qui a été fait :

ART. 903. Le mineur âgé de moins de seize ans ne pourra aucunement disposer, sauf ce qui est réglé au chapitre IX du présent titre.

ART. 904. Le mineur parvenu à l'âge de seize ans ne pourra disposer que par testament, et jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer (*).

Le mineur pourra donc faire un testament, acte pour lequel il faut une plus grande maturité d'esprit et une volonté plus réfléchie, à un âge où il n'est pas capable de faire un acte à titre onéreux? Mais le législateur paraît avoir redouté que le mineur, en disposant par testament à l'âge de seize ans, ne fasse, qu'on nous permette l'expression, *une bêtise;* ne croyant pas pouvoir l'empêcher de la commettre tout à fait, il l'autorise à la faire à moitié.

Il est impossible de justifier cette demi-capacité; de deux choses l'une : ou le mineur parvenu à l'âge de seize ans est apte à tester, et alors il fallait lui reconnaître le droit entier

(*) Art. 904. — GAIUS, II, § 112, 113; L. 5, D. 28, 1, *Qui testam. fac. possunt.*

(1) DURANTON, t. VIII, n° 170; DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 376; LAURENT, t. XI, n° 111.

(2) Paris, 24 avr. 1869, D. 70, 2, 221.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 373.

de tester; ou il n'est pas apte à tester, et alors c'est le droit tout entier qu'il fallait lui dénier. Il eût mieux valu, croyons-nous, maintenir l'incapacité absolue du mineur pour les actes à titre gratuit, comme pour les actes à titre onéreux (1).

79. Quoi qu'il en soit, comment est-on arrivé à attribuer à un mineur le droit de tester?

Cette particularité s'explique historiquement. Les Romains attachaient, on le sait, une grande importance à ne pas mourir sans testament. En conséquence la capacité de tester avait été singulièrement avancée; elle était accordée à partir de l'âge de la puberté, douze ans pour les femmes et quatorze ans pour les hommes (2). Donc celui qui mourait étant impubère ne pouvait pas laisser de testament. Pour remédier à cet inconvénient, les mœurs firent peu à peu admettre la *pupillaris substitutio* (*moribus introducta*), disposition par laquelle le testateur, après s'être nommé un héritier à lui-même, instituait aussi un héritier direct pour le *filius familias*, placé immédiatement sous sa puissance, dans la prévision du cas où ce fils de famille, après la mort du père, mais avant d'avoir atteint la puberté, viendrait lui-même à mourir (3).

L'usage des substitutions pupillaires fut reçu dans les pays de droit écrit, et il fut admis comme une vérité incontestable que le mineur pouvait tester lui-même dès l'époque de sa puberté, la règle survécut ainsi aux motifs qui l'avaient fait introduire.

Les pays de coutume se laissèrent diriger par d'autres principes. Sur le point de savoir à quel âge il devait être permis au mineur de disposer par testament, les coutumes différaient sensiblement, mais la plupart tenaient compte pour cette détermination de la distinction entre les disposi-

(1) LAURENT, t. XI, n° 141.
(2) L. 5, D. 28, 1, *Qui testam. fac. poss.*
(3) L. 1 pr. et § 2, D. 2, 16, *De pupill. subst.*

tions concernant les propres et les dispositions concernant les meubles ou acquêts.

Ainsi, les coutumes de Paris (art. 293), de Calais (art. 86), d'Orléans (art. 293) portent qu'on ne peut tester des meubles et acquêts avant vingt ans révolus, et des propres avant vingt-cinq ans. En définitive le droit coutumier n'accordait au mineur le droit de tester que pour une portion restreinte de son patrimoine, et cela dans le but, non pas de protéger le mineur lui-même contre ses propres entraînements, mais dans le but unique de protéger les héritiers considérés comme ayant sur le patrimoine des droits actuels qu'il convenait de sauvegarder.

Les rédacteurs du Code civil, en présence de la tradition romaine et de la tradition coutumière, empruntèrent à chacune ce qu'elle avait de plus mauvais. A la tradition romaine ils empruntèrent l'idée de fixer le point de départ du droit de tester à l'époque de la puberté, reculée jusqu'à la seizième année pour les femmes comme pour les hommes. A la tradition coutumière ils empruntèrent l'idée de restreindre l'exercice de ce droit à une quotité du patrimoine disponible, et comme il ne pouvait plus être question de distinguer entre les propres et les acquêts, on crut bien faire en établissant une quotité abstraite fixée à la moitié de ce dont le mineur pourrait disposer s'il était majeur. On oubliait que déjà, au XVIe siècle, Guy-Coquille reprochait aux pays de droit écrit qui avaient conservé pour fixer l'époque de la capacité du mineur les règles du droit romain « de s'être montrés trop grands sectateurs et imitateurs du droit romain, cette capacité étant prématurée et périlleuse (1). »

80. Le mineur de seize ans, c'est-à-dire celui qui n'est pas encore parvenu à l'âge de seize ans, est donc déclaré absolument incapable de disposer, sauf une exception dont il va

(1) Cout. de Nivern., *Testam.*, ch. 33, art. 1.

être parlé. Il s'agit d'un individu qui n'a pas encore seize ans accomplis. Tant que le dernier jour de la seizième année n'est pas écoulé, on est au-dessous de seize ans ; on est bien près de les avoir, mais on ne les a pas encore, on est mineur de seize ans. La loi présume que ce mineur n'a pas le discernement nécessaire pour comprendre toute la portée d'un acte à titre gratuit. C'est seulement quand on a dépassé cet âge que l'on commence, en général, à comprendre les exigences de la vie sociale.

C'est le motif pour lequel, en matière pénale, la question de discernement doit être examinée quand il s'agit d'un mineur de seize ans accusé ou prévenu d'un crime ou d'un délit. Mais on ne pouvait pas, en matière civile, laisser au juge, comme en matière pénale, le soin de statuer sur le discernement d'un mineur de seize ans qui a fait un testament la veille, par exemple, du jour où il devenait capable de tester. Si les juges civils avaient ce pouvoir, les mineurs se trouveraient exposés à des tentatives de captation ou de suggestion, puisqu'il y aurait quelque chance de voir valider leurs dispositions. Dans le système de la loi, les dispositions par eux faites avant d'avoir atteint l'âge requis étant toujours nulles, personne n'a intérêt à les solliciter.

L'incapacité du mineur de seize ans de faire une donation ou un testament comporte une exception nécessaire.

Il faut remarquer en effet que les filles peuvent se marier à quinze ans, c'est-à-dire étant mineures de seize ans. D'un autre côté, un mineur de dix-huit ans peut obtenir des dispenses d'âge dans certains cas, et par suite se marier avant d'avoir atteint l'âge de seize ans. Or, celui qui est apte à contracter mariage doit naturellement pouvoir procéder aux actes juridiques paraissant être comme une dérivation du mariage; d'où l'exception annoncée par l'art. 903.

La loi permet donc au mineur de seize ans qui se marie, avec ou sans dispense d'âge (art. 144, 145), de faire à son

futur conjoint, par contrat de mariage, les mêmes donations qu'il pourrait lui faire s'il était majeur, à la condition d'être assisté à cet effet des personnes dont le consentement est requis pour la validité de son mariage (art. 1095, 1098). Mais durant le mariage le mineur demeure incapable de disposer par donation au profit de son conjoint; il ne peut le gratifier que par testament à l'âge et dans les limites déterminés par l'art. 904 (1). Il a été jugé que le notaire, sur le conseil de qui une personne a fait, au lieu du testament qu'elle lui demandait de recevoir, une donation entre-vifs que son état de minorité ne lui permettait pas de faire, est responsable de cette nullité, alors même que les parties, d'ailleurs illettrées, lui auraient laissé ignorer l'âge du donateur, s'il n'a pas cherché à s'en enquérir (2).

Sauf l'exception dont il vient d'être parlé, l'incapacité du mineur de seize ans est absolue; la circonstance qu'avant cet âge il aurait été émancipé, même par son mariage, n'apporte à cet égard aucune modification à sa condition.

81. Quand le mineur de seize ans devient majeur de seize ans, son incapacité demeure la même en ce qui touche les donations, mais il peut désormais faire un testament dans les limites fixées par l'art. 904. Pourquoi cette différence?

C'est, dit-on, parce que le testament étant révocable, il n'y avait pas grand inconvénient à en permettre l'usage. Demolombe remarque en outre que lorsque le testament est ainsi fait par un jeune homme : « c'est que la mort est menaçante et qu'il n'est point possible de différer (3); » ce qui revient à dire que le testament est permis parce qu'il est révocable, et

(1) Duranton, t. VIII, n° 184; Demolombe, t. XVIII, n° 417; Aubry et Rau, § 648 et 744; Colmet de Santerre et Demante, t. IV, n° 266 *bis*; Laurent, t. XI, n° 142; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 376; Bordeaux, 18 déc. 1866, D. 67, 2, 125.

(2) Arrêt précité de Bordeaux.

(3) T. XVIII, n° 420.

fait le plus souvent dans des conditions qui ne laisseront pas le temps de le révoquer!

La loi permet au mineur parvenu à l'âge de seize ans de disposer par testament, non pas de la moitié de ses biens, mais de la moitié seulement des biens dont il pourrait disposer s'il était majeur. Or, s'il était majeur, il pourrait disposer de la totalité de sa fortune dans le cas où il n'aurait pas d'héritiers réservataires, ou bien de la moitié, du tiers ou du quart, suivant qu'il laisserait un, deux, trois enfants ou un plus grand nombre. C'est précisément de la moitié de ces diverses quotités que le mineur pourra disposer. Il pourra également disposer au profit de son conjoint de la moitié de la quotité spéciale fixée par l'une ou l'autre des dispositions de l'art. 1094 (1).

82. Tout le monde reconnaît que la règle posée par l'art. 904 a pour objet de fixer, non la *disponibilité* des biens, mais *la capacité personnelle* du mineur pour les testaments; qu'en un mot cette règle constitue un statut personnel. D'où la conséquence, dit-on, qu'il faut toujours se placer au moment même de la confection du testament pour apprécier les deux points suivants : 1° la validité du legs; 2° l'étendue du legs.

Ainsi, par exemple, un mineur ayant seize ans accomplis meurt à la survivance de son père et de sa mère après avoir fait un legs universel et laissant une fortune de 100. Il est évident que le legs ne peut valoir qu'à concurrence d'une moitié de la moitié, c'est-à-dire de 25. Supposons que le testateur soit mort après avoir atteint sa majorité, le résultat sera le même, car le vice résultant de la demi-incapacité dont il était frappé au moment où il a testé n'a pu être effacé par cette circonstance qu'il meurt en majorité.

Cette doctrine fort exacte paraît incomplète : sans doute l'art. 904 constitue une règle de capacité, un statut per-

(1) Orléans, 15 mai 1879, D. 79, 2, 121.

sonnel; il faut donc se reporter au moment de la confection du testament pour apprécier la capacité du testateur. Mais cet article consacre en même temps un renvoi à une règle de disponibilité, c'est-à-dire à un statut réel, et il faut se reporter au décès du testateur pour apprécier, non pas sa capacité, mais l'étendue du legs.

Supposons donc que, dans l'espèce précitée, le père et la mère du testateur meurent avant lui et que lui-même meure en majorité sans laisser d'enfants. En appliquant la doctrine ci-dessus, voici comment on devrait raisonner : Il faut se reporter au moment de la confection du testament pour apprécier soit la capacité du testateur, soit l'étendue du legs. Or, à ce moment le testateur ayant son père et sa mère ne pouvait disposer que d'une moitié de la moitié; donc malgré le prédécès de son père et de sa mère et son propre décès en majorité, son testament ne peut sortir effet qu'à concurrence de 25.

Mais on doit raisonner autrement : il faut se reporter au moment du testament pour savoir si le testateur a pu disposer comme un majeur, ou bien s'il n'a pu disposer que de la moitié de ce qu'aurait pu léguer le majeur. Or, pour savoir quelle est la quotité dont le majeur aurait pu disposer il faut se reporter au moment du décès. Dans l'espèce le défunt n'a laissé aucun réservataire; un majeur dans ces conditions aurait donc pu disposer de toute sa fortune; mais comme le testateur était mineur au moment du testament, ce testament ne peut valoir qu'à concurrence de la moitié ou 50.

Il faut étendre le même raisonnement en cas d'indignité ou de renonciation des réservataires (1).

83. Cette explication de l'art. 904 résulte d'ailleurs de l'économie de ses termes :

(1) LAURENT, t. XI, nos 146, 147; Comp. DEMOLOMBE, t. XVIII, nos 421 à 428 et les autorités citées.

Cet article permet en effet au mineur de disposer par testament seulement de la moitié des biens *dont la loi permet au majeur de disposer*. C'est là une règle de capacité constituant un statut personnel. Mais *la loi qui permet au majeur de disposer* est au contraire une règle de disponibilité. L'art. 904 consacre donc, ainsi que nous l'avons dit, un renvoi à une règle de disponibilité.

Si le mineur de seize ans accomplis excède, dans sa disposition testamentaire, la quotité des biens dont la loi lui permet de disposer, la disposition sera réductible au marc le franc, comme le veut l'art. 926, applicable par analogie. Mais il ne suit pas de là que la portion des biens dont la loi ne permet pas au mineur de disposer forme une *réserve* dans le sens ordinaire de l'expression. Ces biens demeurent dans la succession *ab intestat*, et les héritiers, réservataires ou non, les recueillent simplement à titre d'héritiers. S'il n'y a pas d'héritiers réservataires, mais seulement des collatéraux, et que le mineur ait prétendu instituer un légataire universel, ce dernier ne pouvant avoir droit à l'universalité des biens, mais seulement à une moitié de cette universalité, n'est en réalité, et par la force des choses, qu'un légataire à titre universel ne pouvant, comme tel, avoir la saisine (article 1011) (1).

84. Le partage des biens dont le mineur ne peut disposer reste donc soumis au droit commun.

Par conséquent, si le mineur de plus de seize ans qui a légué toute la quotité dont il peut disposer à un étranger a laissé un ascendant à réserve dans une ligne et un oncle ou une tante dans une autre ligne, l'ascendant partagera par moitié avec le collatéral la portion dont le mineur ne pouvait disposer à cause de son âge.

Il faudra, croyons-nous, procéder de la même manière si

(1) Demolombe, t. XVIII, n° 427; Laurent, t. XI, n° 149.

le défunt a laissé toute la quotité dont il pouvait disposer à son ascendant lui-même. Par conséquent, étant donné une succession présentant un actif de 24, le disponible étant de 9, il restera 15 à partager entre l'ascendant et le collatéral, ce qui donnera en totalité 16,50 à l'ascendant et 7,50 au collatéral.

Si, dans la même succession, le mineur au lieu d'un ascendant avait laissé dans la même ligne un collatéral, il aurait pu donner à ce collatéral la moitié de ses biens par préciput, c'est-à-dire 12, et le collatéral aurait en outre recueilli la moitié de l'autre moitié, c'est-à-dire en tout les trois quarts, soit 18 sur 24.

Par conséquent un ascendant réservataire ne pourra pas, précisément parce qu'il est réservataire, recevoir autant qu'un collatéral ! Ce résultat a paru *monstrueux* et *absurde;* on a donc soutenu que dans l'hypothèse envisagée, le disponible devrait être fixé à la moitié des biens, parce que le mineur aurait pu enlever cette moitié au collatéral (1). Mais c'est méconnaître à la fois le caractère de la réserve et celui de l'indisponibilité résultant de l'art. 904. La réserve a pour but unique de garantir à certains héritiers un *minimum* dans la succession *ab intestat*, et non de leur permettre d'obtenir quelque chose au delà de ce *minimum*. Il n'y a même pas lieu de parler de réserve quand la portion garantie est intacte et au delà dans la succession elle-même. Dans le cas proposé la portion dont il s'agit était égale à 6 et le réservataire a reçu 15,50. De quoi se plaint-il? Mais il aurait reçu 18 au lieu de 16,50 s'il eût été un simple collatéral; on *retourne* donc contre lui sa qualité de réservataire? Mais non; on applique la loi telle qu'elle est faite; si le mineur n'avait aucunement reçu la capacité de disposer, ce qui peut-être eût été préférable, l'ascendant n'aurait reçu que 12; si le mineur avait reçu la

(1) DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 435; Comp. DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 22, *bis* IV.

capacité entière de disposer par testament, l'ascendant aurait reçu 18; mais comme la loi n'a accordé au mineur qu'une demi-capacité, et que dans l'espèce un majeur n'aurait pu disposer que de 18, il faut reconnaître que le mineur a pu seulement donner 9 à son ascendant qui, les joignant à sa part dans les 15 qui restent, recevra en totalité 16,50. L'absurdité, si absurdité il y a, réside non dans le procédé de partage que l'art. 904 impose, mais dans le principe qui sert de base à ce procédé, c'est-à-dire dans l'admission d'une demi-capacité (1).

Les père et mère pourront d'ailleurs, le cas échéant, invoquer le bénéfice des art. 915 et 754 (2).

85. Quand il s'agit de dispositions portant sur le patrimoine des testateurs, dont les divers éléments sont toujours susceptibles d'une évaluation pécuniaire, on comprend la possibilité d'édicter à l'égard du mineur une décision ne lui permettant de faire que la moitié de ce que pourrait faire un majeur. Mais quand il s'agit de droits moraux, non susceptibles d'évaluation pécuniaire, il n'en est plus ainsi; il faut de toute nécessité ou refuser le droit entier au mineur, ou assimiler complétement le mineur au majeur. C'est ce qui a été fait, en ce qui touche le droit de statuer sur ses funérailles par la loi du 15 novembre 1887, dont l'art. 3, alin. 1 est ainsi conçu :

« Tout majeur ou mineur émancipé en état de tester peut régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner et le mode de sa sépulture. »

Lors de la discussion de ce texte, le droit accordé au mineur émancipé de régler ses funérailles fut blâmé par quelques orateurs; d'autres réclamèrent au contraire que le droit fût

(1) Aubry et Rau, § 688, note 5; Laurent, t. XI, n° 151.
(2) Demolombe, t. XVIII, n° 433; Laurent, t. XI, n° 152.

étendu à tout mineur agé de 16 ans. Le rapporteur répondit qu'en s'attachant à l'émancipation, la loi avait tenu la balance égale entre les droits de la famille et ceux de l'individu (1). On ne voit pas trop sur quels principes on pourrait s'appuyer pour permettre à la famille de faire *contre-poids* au droit de l'individu, c'est-à-dire de le tenir en échec. Quoi qu'il en soit il résulte de là :

1° Que le mineur émancipé qui a seize ans accomplis jouit incontestablement du bénéfice de la disposition précitée;

2° Qu'il en est de même du mineur émancipé n'étant pas encore parvenu à l'âge de 16 ans, ce qui peut arriver dans les cas prévus par les art. 476 et 477.

En effet, l'art. 904 ne concernant que les droits pécuniaires, suivant l'observation faite ci-dessus, doit être écarté. Il faut donc reconnaître que les mots *en état de tester* de la loi de 1887 font allusion à la capacité de fait réglée par l'art. 901, et signifient : Le mineur émancipé *sain d'esprit* (2).

86. La vie conjugale et le ménage commun qui en résulte impliquent certaines nécessités de fait de nature à influer sur la capacité de la femme mariée en ce qui touche les libéralités qu'elle voudrait faire. Sans doute elle doit pouvoir librement disposer de quelques objets pour présents ou cadeaux de peu d'importance, dont le ménage commun ne saurait souffrir ;

Mais

ART. 905. La femme mariée ne pourra donner entre-vifs sans l'assistance ou le consentement spécial de son mari, ou sans y être autorisée par la justice, conformément à ce qui est prescrit par les art. 217 et 219, au titre *du Mariage*. — Elle n'aura besoin ni de consentement du mari, ni d'autorisation de la justice pour disposer par testament.

La nécessité de l'autorisation maritale pour les dons entre-vifs émanés de la femme s'explique autant par une raison de convenance, que par cette considération que le ménage com-

(1) *J. Off.*, Chambre, 30 mars 1886.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 376 *bis*.

mun pourrait souffrir d'un dessaisissement actuel et irrévocable.

Ces raisons n'existent pas quand il s'agit du testament qui, d'ailleurs, doit demeurer l'œuvre exclusivement personnelle du disposant.

La femme doit donc être autorisée pour toute espèce de donation entre-vifs, qu'il s'agisse de donations ostensibles, ou de dons manuels ou bien déguisés sous la forme d'un contrat à titre onéreux, quand même elle serait séparée de biens et qu'il s'agirait seulement de son mobilier, quand même elle voudrait faire une institution contractuelle au profit de ses enfants ; ce dernier acte est en effet rangé par la loi dans la classe des donations et non dans celle des testaments.

La femme mariée sous le régime dotal peut, avec l'autorisation de son mari, donner les biens dotaux pour l'établissement des enfants communs ; cette donation ne pourrait se faire avec l'autorisation de justice qui ne pourrait suppléer l'autorisation maritale que pour les enfants du premier lit de la femme (art. 1555).

L'autorisation soit du mari, soit de la justice interviendra dans les conditions et formes plus haut indiquées (t. II, nos 250, 251, 259). La séparation de corps restitue à la femme son entière capacité civile, depuis la loi du 6 février 1893 (Voy. t. V, nos 479 et suiv.).

87. Nous pouvons rapprocher des dispositions qui précèdent, l'art. 5 de la loi du 24 mai 1825 remplaçant une interdiction plus restrictive résultant de l'art. 10 du décret du 18 février 1809 relatif aux sœurs hospitalières.

D'après cet art. 5 :

« Toute personne faisant partie d'un établissement autorisé (congrégation religieuse de femmes), ne pourra disposer par acte entre-vifs ou par testament, soit en faveur de cet établissement, soit au profit de l'un de ses membres, au-delà

du quart de ses biens, à moins que le don ou legs n'excède pas la somme de dix mille francs. Cette prohibition cessera d'avoir son effet relativement aux membres de l'établissement, si la donataire ou légataire était héritière en ligne directe de la testatrice ou donatrice. Le présent article ne recevra son exécution, pour les communautés déjà autorisées, que six mois après la publication de la présente loi, et pour celles qui seraient autorisées à l'avenir, six mois après l'autorisation accordée. »

Toute disposition excédant la quotité ci-dessus fixée serait simplement réductible. Une religieuse peut donc, dans cette limite, faire une libéralité universelle ou à titre universel à une autre religieuse (1); mais non à la congrégation elle-même qui, d'après l'art. 4 de la même loi ne peut recevoir qu'à titre particulier. Un legs universel ou à titre universel émané d'une religieuse serait donc nul et non pas seulement réductible (2) et on recourrait vainement à une interposition de personnes pour échapper à cette nullité (3).

Ces prescriptions sont étrangères aux congrégations de femmes non autorisées que la loi ne reconnaît pas (4), et aux congrégations d'hommes légalement autorisées qui sont aptes à recueillir des legs universels (5).

88. Les condamnés à une peine afflictive perpétuelle sont frappés d'une incapacité absolue de disposer soit par donation entre-vifs, soit par testament. Nous renvoyons à ce qui a déjà été dit plus haut sur ce point (Voy. t. I, n° 305).

89. Les faillis sont dessaisis de l'administration de leurs biens à compter du jour de l'ouverture de la faillite (art. 442,

(1) Cass. 2 déc. 1845, S. 46, 1, 25.
(2) Agen, 1er avr. 1867, D. 68, 2, 9.
(3) Cass. 28 mars 1859, D. 59, 1, 442; Grenoble, 29 fév. 1872, D. 74. 5, 166; 6 avr. 1881, D. 82, 2, 9.
(4) Cass. 15 mai 1856, S. 57, 1, 497.
(5) Trib. Dunkerque, 28 mars 1878, S. 79, 2, 337.

C. com.). On en conclut qu'à partir de ce jour ils ne peuvent plus faire de donation en vertu d'une sorte d'incapacité dont ils seraient frappés (1). Cela n'est pas tout à fait exact.

L'art. 416 du Code de commerce qui établit cette prétendue incapacité est en effet ainsi conçu :

« Sont nuls et sans effet *relativement à la masse*, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque, tous actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit... »

Ces actes ne sont donc pas annulables en vertu d'une véritable incapacité ; ils sont simplement *sans effet* à l'égard de la masse des créanciers du disposant, tant à cause du préjudice qui en résulterait pour eux que de la fraude qui est présumée avoir inspiré ces actes.

La disposition de l'art. 446, C. com., est générale et absolue ; elle s'applique aux donations d'objets mobiliers comme aux donations d'immeubles ; aux libéralités faites dans la forme prescrite pour les actes à titre gratuit comme aux libéralités déguisées sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux (2) ; aux remises de dettes, totales ou partielles (3) ; aux constitutions d'hypothèque pour sûreté de la dette d'un tiers, etc.

Les donations rémunératoires, étant plutôt un paiement qu'une libéralité proprement dite, ne seront pas atteintes par l'art. 446, mais elles pourront, en cas d'excès, être réduites vis-à-vis de la masse (4).

Quelquefois le même acte sera à titre onéreux pour partie et pour partie à titre gratuit. Dans ce cas, si la matière est

(1) Voy. LAURENT, t. XI, n° 154.
(2) Cass. 4 janv. 1847, D. 47, 1, 133.
(3) Cass. 6 août 1867, S. 67, 2, 452.
(4) Cass. 23 nov. 1859, S. 61, 1, 85.

indivisible, l'acte sera sans effet pour le tout à l'égard de la masse. C'est ce qui a été jugé pour la vente faite par le failli de son fonds de commerce, clientèle, droit au bail et marchandises, alors que le prix stipulé s'appliquant exclusivement aux marchandises, il en résultait que la clientèle et le droit au bail n'étaient représentés par aucun équivalent en faveur de la masse (1).

Le même acte peut aussi quelquefois apparaître comme étant à titre gratuit de la part du disposant, et à titre onéreux de la part de ceux qui reçoivent. Il en est ainsi de la constitution de dot. Quel est le caractère qui doit l'emporter? Il y a sur ce point une controverse dont nous parlerons plus tard. Nous pensons que si un commerçant avait constitué une dot à sa fille dans les dix jours ayant précédé sa cessation de paiements, les créanciers seraient fondés à en exiger le rapport à la masse (2). Mais quelle que soit l'opinion qu'on adopte, il faudrait toujours prononcer l'annulation au cas où il y aurait preuve certaine d'une fraude concertée entre le donateur failli et l'époux doté (3).

Pour savoir si la donation a été faite avant la période suspecte, il faut considérer l'époque de son acceptation. Si l'acceptation avait eu lieu avant les dix jours mais n'avait été notifiée que postérieurement la donation devrait être annulée au regard des créanciers, car cette notification est nécessaire pour faire produire à l'acte tous ses effets, même vis-à-vis du donataire (4).

Il en serait autrement si la donation acceptée en temps

(1) Cass. 5 avr. 1875, S. 76, 1, 155.

(2) Rodière et Pont, *Cont. de mariage*, t. I, n° 125; Demolombe, *Oblig.*, t. II, n° 214; Laurent, t. XVI, n° 452; Caen, 7 mars 1870, S. 70, 2, 281; *Contrà*, Aubry et Rau, § 313, note 21; Paradan, *Revue crit.*, 1877, Etude sur les art. 446, 447, C. com.; Cass. 18 nov. 1861, S. 62, 1, 737; Bordeaux, 30 nov. 1869, S. 70, 2, 283.

(3) Nancy, 26 août 1874, S. 76, 2, 180.

(4) Laurent, t. XII, n° 264.

utile n'avait été transcrite que dans la période suspecte. La transcription utile à l'égard des tiers est en effet sans influence sur la validité intrinsèque du contrat (1).

La donation n'est annulée, lorsqu'il y a lieu, que dans l'intérêt de la masse. Les enfants du donateur ou tous autres intéressés seraient non recevables à invoquer cette nullité, et les donataires pourraient, dans tous les cas, réclamer ce qui resterait des valeurs données après l'acquittement des dettes du failli (2).

Remarquons enfin que l'art. 446, C. com., a seulement en vue les donations entre-vifs. Il n'y avait pas lieu de s'occuper des testaments qui ne peuvent nuire à la masse des créanciers, puisque les légataires ne sont payés qu'après les créanciers.

§ 3. — De la capacité nécessaire pour recevoir.

90. — Des incapacités absolues de recevoir; de l'individu non conçu à l'époque où la libéralité produit son effet, art. 905.
91. — Des individus condamnés à une peine perpétuelle.
92. — Incapacités relatives de recevoir.
93. — Du tuteur ou ex-tuteur, art. 907.
94. — L'incapacité dure tant que les formalités de l'art. 472 n'ont pas été observées.
95. — Personnes soumises à l'incapacité de recevoir résultant de l'art. 907.
96. — Des enfants naturels, art. 908; de leurs descendants légitimes.
97. — Des enfants non reconnus, adultérins ou incestueux.
98. — L'art. 908 n'a qu'une portée relative.
99. — Des médecins, art. 909.
100. — *Quid* des sages-femmes, empiriques, etc.?
101. — Des ministres du culte. — De la preuve.
102. — Quand le malade aura-t-il été traité ou assisté?

(1) Cass. 23 nov. 1859, S. 61, 1, 85.

(2) Aubry et Rau, § 704, texte et note 23; Demolombe, t. XX, n° 307; Cass. 1er mai 1861, S. 61, 1, 481; Orléans, 6 juin 1868, S. 69, 2, 231; *Contrà*, Demante et Colmet de Santerre, t. IV, n° 82, *bis* I.

103. — La libéralité doit avoir été faite durant la maladie dont le malade est mort.
104. — Exceptions consacrées par l'art. 909; leur étendue.
105. — Des officiers de marine.
106. — Des congrégations religieuses de femmes.

90. Les incapacités de recevoir sont absolues ou relatives.

L'incapacité absolue de recevoir à titre gratuit concerne :

1° Les personnes qui n'étaient pas conçues au moment de la donation ou du décès du testateur;

2° Les individus condamnés à une peine afflictive et infamante perpétuelle.

Les femmes mariées, non séparées de corps, les mineurs et les interdits ne sont pas, à proprement parler, incapables de recevoir à titre gratuit ; mais leur droit ne peut être exercé que sous certaines autorisations ou par certaines personnes qui les représentent (art. 934 et suiv.).

Pour recevoir par donation entre-vifs ou par testament il faudrait, d'après la rigueur du droit, être né au moment de la donation ou au moment du décès du testateur, car jusqu'à la naissance l'enfant conçu n'a pas d'existence personnelle : *quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur* (1). Mais, en vue de son existence éventuelle, on a pu le considérer comme pouvant acquérir à titre gratuit.

En conséquence

ART. 906. Pour être capable de recevoir entre-vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. — Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. — Néanmoins la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable (*).

C'est donc le fait de la naissance qui fixera définitivement les droits de l'enfant conçu. Alors seulement on pourra savoir si on a pu le considérer comme vivant. S'il n'est pas né viable ou s'il meurt avant de naître, on n'en tiendra pas compte : *qui mortui nascuntur neque nati, neque procreati videntur.*

(*) Art. 906. — L. 26 § 8, D. 1, 5, *De statu hom.;* L. 3 *in fine* C.
(1) L. 9 § 1, D. 35, 2, *Ad. leg. Falc.*

La donation se traduit par une offre que doit suivre une acceptation. Cette offre ne peut évidemment être faite qu'à une personne existant déjà ou réputée existante. Le donataire doit donc être conçu au moment où l'acte de donation est dressé par le notaire ; il ne suffirait pas qu'il soit conçu au moment où la donation est acceptée (1).

S'il s'agit d'un legs, le légataire doit être conçu au moment du décès du testateur, que le legs soit conditionnel ou qu'il soit pur et simple (2).

Si le testateur lègue ses biens aux enfants nés et à naître d'un de ses enfants, le testament est valable à l'égard des enfants nés ou conçus au décès du testateur et nul à l'égard de ceux qui ne l'étaient pas encore à cette époque ; la disposition n'est pas indivisible.

La règle de l'art. 906 reçoit exception :

1° A l'égard des enfants de l'institué dans le cas d'une substitution permise (art. 1048 et 1049) ;

2° A l'égard des enfants à naître du mariage en cas de donation de biens à venir par contrat de mariage (art. 1082 et 1084).

Dans ces deux cas, en effet, la libéralité s'adresse avant tout aux époux ou à l'institué, c'est-à-dire à des personnes déjà existantes.

Elle ne pourrait pas s'adresser directement à des personnes non existantes. Par conséquent le legs qui est fait à des personnes incertaines est nul ; nous en parlerons sous l'article 911.

Quant aux libéralités faites à des associations ne jouissant pas de la personnalité civile, et par conséquent n'existant pas, nous aurons à nous en occuper sous l'art. 910.

(1) AUBRY et RAU, § 650, note 2; DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 578; LAURENT, t. XI, n° 376; *Contrà*, DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 26, *bis* I, et les auteurs cités par DALLOZ, v° *Dispositions*, n° 486.

(2) Bordeaux, 16 août 1881, D. 84, 1, 247.

91. Pour les individus condamnés à une peine afflictive perpétuelle, nous nous bornons à rappeler qu'ils sont incapables de recevoir à titre gratuit de quelque personne que ce soit, si ce n'est pour cause d'aliments. Le gouvernement peut d'ailleurs lever cette incapacité en tout ou en partie (L. 31 mai 1854, art. 3 et 4).

92. Les incapacités relatives de recevoir s'appliquent :

1° Au tuteur ou à l'ex-tuteur dans ses rapports avec le mineur (art. 907);

2° Aux enfants naturels, dans leurs rapports avec leur père ou leur mère (art. 908);

3° Aux docteurs en médecine ou en chirurgie, officiers de santé ou ministres du culte, dans leurs rapports avec le malade qu'ils ont traité ou assisté pendant la maladie dont il meurt (art. 909);

4° Aux communautés religieuses de femmes légalement autorisées, et aux membres de ces communautés dans leurs rapports avec les personnes appartenant à la même communauté;

5° Aux officiers d'un bâtiment à l'égard des personnes qui font leur testament à bord du navire pendant un voyage en mer (art. 997).

93. La formule employée par le législateur pour édicter les incapacités relatives de recevoir ci-dessus énumérées, n'est pas toujours la même. Ainsi il est à remarquer que lorsqu'il s'agit des rapports du tuteur avec le mineur, la loi est conçue dans le sens d'une prohibition formelle de disposer édictée à l'égard du mineur :

ART. 907. Le mineur, quoique parvenu à l'âge de seize ans, ne pourra, même par testament, disposer au profit de son tuteur. — Le mineur, devenu majeur, ne pourra disposer, soit par donation entre-vifs, soit par testament, au profit de celui qui aura été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'a été préalablement rendu et apuré. — Sont exceptés, dans les deux cas ci-dessus, les ascendants des mineurs, qui sont ou qui ont été leurs tuteurs (*).

(*) Art. 907. — L. 20 § 1, 28 § 10, 31 § 2, D. 34, 3, *De lib. leg.*

Il est manifeste que la loi a voulu créer une incapacité de disposer à l'égard du mineur, et par voie de conséquence une incapacité de recevoir à l'égard du tuteur et de l'ex-tuteur. Il s'agit donc d'un statut personnel fondé sur l'incapacité du pupille. C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Marcadé (1).

Il suit de là que pour apprécier la validité du testament, il faut envisager deux époques, celle de la confection du testament, et celle de la mort du testateur, le testateur doit être juridiquement capable aux deux époques. Ainsi le legs fait par le mineur devenu majeur en faveur de son tuteur qui n'avait pas rendu ses comptes au moment du testament, mais qui les a rendus plus tard est nul, de même que le legs fait par le mineur en faveur de quelqu'un qui est devenu son tuteur postérieurement à la confection du testament.

Il s'agit en effet de protéger le pupille contre l'influence que peut exercer le testateur sur sa volonté. Cette influence ne cesse pas nécessairement avec la tutelle; telle est la raison d'être du second paragraphe de l'art. 907; dans le cas où le testament contient une libéralité en faveur d'une personne qui n'a eu la qualité de tuteur que postérieurement à la date du testament, l'influence de ce tuteur peut s'exercer pour empêcher la révocation de ce testament, telle est la cause de la nullité du legs dans ce cas.

94. L'incapacité subsiste à l'égard de l'ex-mineur tant que le compte de tutelle n'a pas été rendu et apuré, c'est-à-dire régulièrement arrêté. Cela implique, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer (t. III, n° 459), la nécessité d'observer les formalités prescrites par l'art. 472, et l'incapacité du mineur dure tant que la décharge n'a pas été régulièrement donnée au tuteur (2).

(1) Sur l'art. 907; Voy. DALLOZ, *Répert.*, v° *Lois*, n° 411.

(2) AUBRY et RAU, § 649, texte et note 17; DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 27, *bis* IV; DEMOLOMBE, t. XVIII, n°s 480 et 480 *bis;* Paris, 6 mars 1884, D. 85, 2, 127.

Cependant la question est controversée : on objecte qu'il ne faut pas confondre le cas de l'art. 472 avec celui de l'art. 907, que dans le premier il s'agit d'assurer la reddition du compte de tutelle, que dans le second il s'agit seulement de garantir la liberté du pupille; qu'un compte qui ne serait pas sérieux dans le cas de l'art. 472, si les formes prescrites par ce texte n'avaient pas été observées, peut être sérieux sans toutes ces formes dans le cas de l'art. 907; que la difficulté ne peut soulever qu'une question de fait et non une question de droit (1). Mais il nous semble que les art. 472 et 907 quoique rédigés en vue de deux hypothèses distinctes, procèdent cependant de la même pensée qui est de garantir la liberté du pupille, dans un cas pour les traités qu'il voudrait passer avec l'ex-tuteur, dans l'autre cas pour les libéralités qu'il voudrait adresser à ce dernier; dans les deux cas le moyen de protection voulu par la loi consiste dans la reddition préalable du compte définitif de la tutelle, seulement l'art. 472 décrit les formalités relatives à cette reddition de compte, tandis que l'art. 907 les sous-entend compendieusement dans l'expression *apuré*. Comment un compte pourra-t-il être dit *apuré*, s'il n'y a eu ni remise des pièces justificatives, ni récépissé, ni délai suffisant pour l'examiner? Mais il n'est pas nécessaire que le reliquat ait été payé, et sur ce point tout le monde est d'accord.

95. L'incapacité de recevoir résultant de l'art. 907 s'applique à tous ceux qui sont légalement investis de la qualité de tuteur, ou de protuteur (art. 417), ou de cotuteur (art. 395), ou de tuteur officieux (art. 370). Mais elle ne saurait être étendue au nouveau mari de la veuve tutrice qui s'est remariée sans avoir convoqué le conseil de famille (art. 395). Le nouveau mari n'a jamais été tuteur (t. III, n° 275). La tutelle ne peut jamais résulter d'une gestion de fait, et il n'est pas

(1) LAURENT, t. XI, n° 332; Conf. DURANTON, t. VIII, n° 199; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 386; Gand, 24 avr. 1882, *Pas.*, 82, 2, 212.

plus possible de soumettre sans texte un *tuteur de fait* à une incapacité légale de recevoir que de lui imposer l'hypothèque légale ou une production de plein droit d'intérêts (Comp. t. III, n° 451) (1).

L'incapacité ne s'étend pas davantage au subrogé-tuteur, ni au conseil donné par le père défunt à la mère tutrice légale en vertu de l'art. 391, ni au curateur du mineur émancipé, ni aux tuteurs *ad hoc*, ni aux tuteurs des individus frappés d'interdiction légale ou judiciaire. L'art. 907 n'étant pas une loi sur la tutelle des mineurs ne rentre pas en effet dans le renvoi général prononcé par l'art. 509, et ne parle d'ailleurs que *du mineur et de son tuteur* (2).

Les ascendants des mineurs qui ont été leurs tuteurs, sont, vu leur qualité qui explique suffisamment la libéralité faite à leur profit, exceptés de l'incapacité de recevoir édictée par l'art. 907, mais non les ascendants par alliance, ni le second mari de la mère, tutrice des enfants du premier lit.

96. Pour ce qui concerne les enfants naturels, la formule adoptée par le législateur paraît bien établir pour eux une incapacité de recevoir à l'égard de leurs père et mère :

ART. 908. Les enfants naturels ne pourront, par donation entre-vifs ou par testament, rien recevoir au-delà de ce qui leur est accordé au titre *des Successions* (*).

On soutient cependant qu'il faut voir dans ce texte une règle d'indisponibilité réelle plutôt qu'une règle d'incapacité personnelle, d'où l'on prétend faire résulter les conséquences suivantes :

1° Que les parents dans l'intérêt desquels la restriction

(*) Art. 908. — L. 2, 9 § 3, C. 5, 27, *De nat. lib.*

(1) LAURENT, t. XI, n° 335; Nîmes, 18 août 1833, S. 34, 2, 217; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 649; DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 485; Voy. D. *Répert.*, v° *Dispositions*, n°s 350 et 351; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 386.

(2) AUBRY et RAU, § 649; DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 27, *bis* II; DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 488.

dont s'agit a été portée, peuvent seulement demander la réduction et non la nullité des libéralités excessives ;

2° Que ces mêmes parents peuvent renoncer à se prévaloir de ces mêmes restrictions (1).

Mais ces deux solutions sont parfaitement justifiées, soit par les principes généraux en matière de convention, soit par cette circonstance qu'il s'agit d'une incapacité limitée et relative. Il n'est pas nécessaire pour les expliquer de recourir à l'idée d'indisponibilité, puisque les père et mère sont libres de disposer de leurs biens au profit de tout autre que leur enfant naturel, et que s'ils ne peuvent les donner à ce dernier c'est à raison d'un motif personnel à celui-ci, c'est-à-dire d'une incapacité de recevoir. Il ne s'agit donc pas de conserver les biens de la famille légitime, mais seulement d'honorer le mariage précisément au moyen, contestable d'ailleurs, de cette incapacité (2) (Voy. t. I, n° 125).

L'art. 908 vient donc sanctionner les règles édictées par l'art. 757 sur les droits des enfants naturels dans la succession de leur père ou mère. La portion que l'enfant naturel peut recevoir étant précisément celle que la loi lui accorde *ab intestat*, ne peut, par la force des choses, être calculée qu'au décès du père, et seulement sur les biens laissés par ce dernier. Les biens donnés entre-vifs par le père ne sauraient donc être réunis fictivement aux biens existants dans la succession, afin de calculer la part de l'enfant naturel sur une masse plus considérable (3), sauf le cas où la réserve de l'enfant se trouverait entamée (4).

La réduction des avantages dont parle l'art. 908 s'applique d'ailleurs sans distinction, quel que soit leur objet, alors

(1) Demolombe, t. XIV, n° 83; t. XVIII, n° 557; Douai, 13 mai 1886, D. 88, 2, 6.

(2) Laurent, t. I, n° 111; t. XI, n° 361.

(3) Orléans, 7 janv. 1860, D. 60, 2, 83.

(4) Laurent, t. XI, n° 362.

même qu'il consisterait seulement en un droit d'usufruit (1).

Si l'un des époux avait reconnu pendant le mariage un enfant naturel qu'il aurait eu antérieurement d'un autre que de son conjoint, l'enfant ainsi reconnu serait certainement exclu de la succession *ab intestat* (art. 337); il doit donc être considéré comme incapable de recevoir une libéralité prise sur le disponible, quoique le disponible puisse être donné à un étranger, s'il existe des enfants légitimes issus du mariage (2).

L'incapacité dont l'art. 908 frappe les enfants naturels doit-elle être étendue aux enfants et descendants légitimes de ceux-ci? Nous avons déjà constaté que l'art. 759 étendant le système de la représentation au profit des descendants légitimes de l'enfant naturel prédécédé, impliquait que ces descendants avaient une vocation personnelle, et par suite pouvaient venir de leur chef (t. V, n° 101). Or, pouvant venir de leur chef en vertu de l'art. 759, ils ne pourraient être écartés qu'en vertu d'un texte formel qui n'existe pas. L'art. 908 ne parle en effet que des *enfants naturels*, et cette expression ne comprend les descendants que dans la famille légitime (3). En tout cas, il est certain que l'art. 908 ne peut atteindre les enfants légitimes de l'enfant naturel, lorsque ce dernier a été adopté par son père, puisque l'enfant naturel, par cette adoption, acquiert tous les droits héréditaires qui appartiennent à l'enfant légitime (4).

Si l'enfant naturel est vivant, les donations faites à ses descendants par son père seront réductibles comme faites à

(1) Cass. 30 janv. 1883, D. 83, 1, 201.

(2) Poitiers, 4 mai 1858, D. 59, 2, 122; LAURENT, t. XI, n° 364; Comp. DEMOLOMBE, t. V, n° 476.

(3) AUBRY et RAU, § 649, texte et notes 54 et 55; LAURENT, t. XI, n° 368; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 387; Cass. 21 juill. 1879, D. 81, 1, 348; *Contrà*, MARCADÉ, sur l'art. 908; DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 561.

(4) Cass. 13 juin 1882, D. 82, 1, 308; Cass. belge, 11 nov. 1875, *Pas.*, 76, 1, 19.

l'enfant naturel lui-même au moyen de personnes interposées (art. 911). De même si l'enfant naturel n'a été reconnu qu'après le mariage de ses père et mère, le legs universel fait par le mari à sa femme, mère de l'enfant naturel commun, sera réputé fait à cet enfant lui-même, et par conséquent réductible (1).

97. L'art. 908 n'est pas applicable aux enfants naturels non reconnus, mais seulement à ceux qui ont été légalement reconnus et dont la reconnaissance est valable. Il s'applique aussi aux enfants adultérins et incestueux dans les cas où leur filiation est légalement établie ; ces derniers ne peuvent recevoir que des aliments et les libéralités dépassant les aliments sont réductibles. Par conséquent une reconnaissance d'enfant naturel contenue dans un testament olographe, ou une reconnaissance faite au profit d'un enfant adultérin ne pourraient nuire ni profiter à celui qui en est l'objet. Mais nous avons vu (ci-dessus, n° 42) que la jurisprudence, transportant dans notre matière la théorie de la cause illicite, déclare réductibles pour les prétendus enfants naturels (2) et nuls pour les prétendus enfants adultérins (3) les legs à eux adressés, quand il ressort du testament que la libéralité a eu pour cause unique la qualité, chez le bénéficiaire, d'enfant naturel ou d'enfant adultérin. La vérité est qu'un père aime ses enfants, non pas parce qu'ils sont naturels ou adultérins, mais parce qu'ils sont ses enfants, et quand la filiation naturelle ou adultérine n'est pas régulièrement établie, il n'y a pas à tenir compte des circonstances qui pourraient, tout au plus, la faire soupçonner.

Les héritiers légitimes ne pourraient donc rechercher la filiation irrégulière de l'enfant institué légataire.

(1) Trib. Nivelles, 19 fév. 1879, *B. J.*, 80, 982.
(2) Caen, 11 déc. 1876, D. 78, 5, 195.
(3) Cass. 29 juin 1887, D. 88, 1, 295.

98. L'art. 908 ne s'applique d'ailleurs qu'aux libéralités faites par les père et mère à leurs enfants naturels. Ces derniers peuvent recevoir des ascendants et des collatéraux de leurs père et mère, ainsi que des enfants légitimes de ceux qui les ont reconnus au-delà de la quotité qui leur est accordée au titre *des successions* (1). De même les enfants adultérins ou incestueux ne sont pas incapables de recevoir de l'enfant légitime, même sous forme d'abandon en leur faveur d'une partie des biens délaissés par les père ou mère (2).

99. Le législateur semble avoir voulu consacrer une incapacité relative de recevoir à l'égard du médecin et des ministres du culte en se servant, pour ce qui les concerne, de la formule suivante :

ART. 909. Les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre-vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie. — Sont exceptées : 1° Les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus ; — 2° Les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe ; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite, ne soit lui-même du nombre de ces héritiers. — Les mêmes règles seront observées à l'égard du ministre du culte (*).

Puisque les personnes dont il s'agit *ne pourront profiter* des dispositions faites en leur faveur par le malade, c'est donc qu'elles sont incapables de recevoir (3). Mais il ne faut pas équivoquer. Le but de la loi est uniquement de protéger contre un abus d'influence possible un malade dont la volonté n'est pas absolument libre ; c'est donc le malade qui est présumé incapable de disposer librement en faveur du médecin ou du ministre du culte qui l'a traité dans sa dernière maladie. Ces derniers ne peuvent pas *profiter*, *en fait*, de la libé-

(*) Art. 909. — L. 9, C. 10, 52, *De prof. et med.*

(1) Trib. Liège, 19 juill. 1875, *Pas.*, 75, 3, 318.

(2) Bruxelles, 31 janv. 1870, *Pas.*, 70, 2, 142.

(3) COIN-DELISLE sur l'art. 909, n° 1.

ralité qui leur est adressée, parce que l'auteur de cette libéralité n'était pas capable de la faire. La précision a une certaine importance en ce qui concerne l'époque à laquelle la capacité doit exister (1).

L'impossibilité de profiter des libéralités faites dans les conditions prévues par l'art. 909 doit trouver son application non seulement quand le gratifié est investi d'un titre officiel pour *traiter* un malade, mais encore lorsque, sans titre officiel, il a tenu la place d'un médecin : « Il serait superflu, disait Joubert dans son rapport au Tribunat, de remarquer que la loi atteindra par voie de conséquence nécessaire, tous ceux qui, dépourvus d'un titre légal, oseraient néanmoins s'ingérer dans les fonctions de l'art de guérir. » La loi elle-même fournit un exemple de la manière dont elle doit être appliquée en parlant des pharmaciens. Il est certain en effet que le pharmacien ne peut pas légalement exercer la médecine. S'il s'est borné à fournir les remèdes, il pourra recevoir des libéralités du malade ; il ne le pourra s'il a réellement *traité* le malade.

100. Il faut en dire autant de la sage-femme ; si elle n'est pas sortie de ses attributions spéciales on ne peut l'empêcher, à raison de son titre, de profiter des libéralités qui lui seront faites, puisque l'art. 909 ne la mentionne même pas. Mais si en fait elle a rempli les fonctions de médecin auprès d'une femme en couches, elle ne pourra rien recevoir de cette dernière.

Par application du même aperçu, il faut décider que les empiriques, charlatans, somnambules, magnétiseurs, etc., qui ont traité un malade en tenant auprès de lui la place d'un médecin, ne pourront rien recevoir de lui (2).

(1) Demolombe, t. XVIII, n° 500; Laurent, t. XI, n° 346.

(2) Aubry et Rau, § 649, texte et note 36; Demolombe, t. XVIII, n°s 510, 511; Laurent, t. XI, n° 341; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 390; Angers, 18 mars 1875, D. 75, 2, 79; *Contrà*, Demante, t. IV, n° 30, *bis* III.

Les infirmiers des hôpitaux pourront recevoir des libéralités des malades qu'ils y soignent (1) ; il faut en dire autant des gardes-malades. Mais ces libéralités devront être annulées s'il est établi qu'elles sont le résultat d'une captation.

En résumé, l'art. 909 doit s'appliquer à toutes les personnes, ayant ou n'ayant pas un titre officiel, qui, en fait, ont prescrit et dirigé personnellement à l'égard d'un malade, un traitement médical continu. Il ne s'applique donc pas aux médecins consultants (2).

101. L'art. 909 concerne également les ministres du culte qui ont assisté le malade dans sa dernière maladie. Il s'agit d'abord des ministres d'un culte officiellement reconnu. Les cultes reconnus sont au nombre de quatre : le culte catholique, les deux cultes protestants, c'est-à-dire le culte réformé et le culte luthérien, et le culte israélite. Il faut ajouter le culte musulman pour l'Inde et l'Algérie, et les différents cultes suivis par les indigènes de l'Inde, de la Cochinchine et des pays de protectorat.

Il est admis que celui qui, sans avoir le titre de médecin, tient auprès d'un malade la place de médecin est atteint par l'art. 909 ; faut-il admettre aussi que celui qui, sans être ministre d'un culte tient, auprès d'un malade, la place du ministre du culte, doit être traité comme ce dernier quant aux libéralités qu'il peut recevoir ? Il faut d'abord mettre de côté l'hypothèse, improbable, d'un individu qui, sans être réellement ministre d'un culte, en aurait usurpé et rempli les fonctions, par exemple en confessant le malade, etc. Cet individu serait certainement atteint par l'art. 909. Nous voulons parler de celui qui aurait réellement donné son assistance au malade, comme directeur spirituel de sa conscience, sans prétendre d'ailleurs être ministre d'aucun culte. Le malade

(1) Trib. Anvers, 7 janv. 1886, Cl. et B. 1887, 165.
(2) Limoges, 6 fév. 1889, S. 89, 2, 73.

traité par un individu prétendant posséder l'art de guérir se trouve en réalité sous l'influence médicale de ce dernier; il importe peu que ce *médecin* soit ou ne soit pas diplômé. Le malade doit être protégé. Au contraire, celui qui accepte ou subit la direction spirituelle d'un individu qu'il sait n'être ministre d'aucun culte, accepte ou subit l'influence ou l'ascendant d'une personne quelconque. Les libéralités adressées à cette personne ne peuvent soulever qu'une question de suggestion ou de captation, la suggestion ou la captation devant être prouvée d'après les règles du droit commun.

Au contraire, dans les cas de l'art. 909, il y a une présomption *juris et de jure* de captation contre laquelle aucune preuve n'est admise. On ne pourrait notamment renverser cette présomption en offrant de prouver que la libéralité a été déterminée, non par les soins donnés, mais par une affection ancienne, par la qualité de parent ou d'ami intime. Cette offre de preuve devrait donc être rejetée (1).

Théoriquement, le défendeur en nullité pourrait toutefois, en vertu de l'art. 1352, déférer le serment ou se prévaloir de l'aveu. Mais il faut observer que la délation du serment sera rarement possible, puisque le serment ne peut être déféré que sur un fait personnel. Cependant rien n'empêcherait d'interroger sur faits et articles ceux qui demandent la nullité du testament ou de la donation (2).

102. Pour qu'une personne soit mise dans l'impossibilité de profiter d'une libéralité à elle adressée par un malade, il faut, s'il s'agit d'un médecin, qu'il ait *traité* le malade, et s'il s'agit d'un ministre du culte, qu'il ait *assisté* spirituellement le malade pendant la maladie dont ce dernier est mort.

Le traitement médical implique une certaine continuité de

(1) Toulouse, 10 mai 1856, D. 56, 2, 190; Comp. Bordeaux, 12 mai 1862, D. 62, 2, 167.

(2) Laurent, t. XI, n° 345; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 389.

soins donnés par le même médecin durant la maladie dont est mort le testateur.

Il faut en dire autant de l'assistance spirituelle émanée du ministre du culte. Dans la religion catholique cette assistance se traduit principalement par la confession et la direction spirituelle. Mais ce ne sont pas là ses seuls modes de manifestation. Un ministre du culte pourra donc être déclaré incapable de recevoir pour avoir *assisté* le testateur, s'il lui a apporté, à plusieurs reprises, les secours de la religion, et s'il a rempli près de lui les fonctions de son culte, quoique d'ailleurs il ne soit pas établi qu'il ait été le confesseur ou le directeur du testateur (1). Mais l'incapacité ne saurait être étendue à celui qui aurait seulement donné au malade le Viatique ou l'Extrême-Onction, ou qui aurait simplement rempli auprès de lui les fonctions de chapelain (2).

103. Pour l'application de l'art. 909, il faut de plus que la libéralité ait été faite durant la maladie dont le disposant est mort. La loi suppose, quand la maladie n'est pas mortelle, que le prêtre ou le médecin n'a pas sur l'esprit du malade l'influence qu'elle redoute.

Donc si le disposant revient à la santé, la libéralité par lui faite demeurera valable, sauf la révocation du testament, ou l'annulation de la donation pour cause de captation.

De là il suit que l'art. 909 est sans application au cas où la mort du malade, quelle que soit la gravité de la maladie, est le résultat d'un fait accidentel, d'un incendie, par exemple, ou d'un meurtre (3). Il est alors impossible, en effet, de savoir si la maladie était ou n'était pas mortelle.

Mais que décider, si le malade étant traité pour une maladie, est mort d'une maladie toute différente? Ainsi, une Cour a

(1) Cass. 18 oct. 1887, S. 88, 1, 377; LAURENT, t. XI, n° 358.
(2) Cass. 13 avr. 1880, D. 80, 1, 263.
(3) *Ibid.*

jugé que l'art. 909 n'était pas applicable au médecin qui n'a jamais traité le défunt pour la maladie dont celui-ci est mort, et n'a pas même connu l'existence de l'affection qui l'a enlevé et dont aucun symptôme n'avait signalé l'existence, lorsqu'il n'existe d'ailleurs aucune relation entre cette affection et le mal dont le défunt souffrait et pour lequel ce médecin le traitait lors de la passation de l'acte argué de nullité (1). Il est difficile d'imaginer une explication plus singulière de ces mots de l'art. 909 : *pendant la maladie dont elle meurt.* Autant vaudrait autoriser le médecin gratifié à prouver que le défunt n'est pas mort de la maladie pour laquelle il était traité, attendu qu'il est mort guéri!

Si une personne dispose au profit de son médecin habituel, ou de son directeur spirituel quand elle n'est pas malade, la disposition demeure valable, bien que la personne devienne ensuite malade, et qu'elle soit traitée ou assistée par le gratifié pendant sa dernière maladie.

104. L'art. 909 consacre deux exceptions à l'incapacité de disposer.

La première concerne les dispositions rémunératoires. Ces dispositions doivent, pour être valables, avoir été faites à titre particulier et eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus. Il n'est pas nécessaire que le disposant ait déclaré vouloir faire sa libéralité à titre rémunératoire. Ce serait au donataire ou au légataire à prouver la rénumération. Si la libéralité faite à titre particulier paraît excessive, les juges pourront la réduire tout en lui laissant son caractère de libéralité, c'est-à-dire sans la limiter strictement au chiffre des honoraires qui aurait pu être dû. Si la disposition a été faite à titre universel, il faudrait l'annuler. Les juges n'auraient pas le droit de la réduire. Car transformer un legs universel ou à titre universel en un legs particulier, ce serait

(1) Gand, 15 déc. 1890. *Pas.*. 90, 2, 236.

dénaturer la disposition et faire un testament autre que celui du testateur (1).

La libéralité rémunératoire contient en principe les honoraires largement appréciés. Le gratifié ne peut donc en général réclamer en outre le paiement de ces mêmes honoraires. Cependant il pourrait résulter des circonstances que le disposant n'a pas eu l'intention d'acquitter sa dette, par exemple lorsqu'il a laissé à celui qui l'a longtemps soigné un objet d'art, il y a plutôt un souvenir qu'une rémunération.

La deuxième exception concerne les dispositions, même universelles, faites aux parents jusqu'au quatrième degré, c'est-à-dire jusqu'au degré de cousins germains, pourvu que le décédé n'ait pas d'*héritiers* en ligne directe, à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit lui-même au nombre de ses héritiers. Par héritiers la loi entend non pas les *parents* en général, mais les successibles qui viennent à la succession (2).

Si le disposant laisse des héritiers en ligne directe, la disposition à titre universel est toujours valable, lorsque le médecin en faveur de qui elle a été faite appartient à la classe des héritiers en ligne directe. Ainsi, par exemple, un malade ayant plusieurs fils est traité par un de ses fils médecin.

Il faut que le médecin légataire soit héritier, comme nous venons de le dire, il ne suffirait pas qu'il soit parent. Ainsi, le malade a pour plus proches parents son aïeul, son père et un fils; il ne pourrait pas faire une disposition universelle au profit de son aïeul ou de son père qui serait médecin, car il y a un héritier dans la ligne directe, le fils. L'ascendant,

(1) AUBRY et RAU, § 649, note 36; DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 331; LAURENT, t. XI, n° 348; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 392; Cass. 21 mars 1870, D. 70, 1, 329.

(2) DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 30, *bis* VIII; DEMOLOMBE, t. XVIII, n°s 536, 537; LAURENT, t. XI, n° 351; *Contrà*, DURANTON, t. VIII, n° 256; AUBRY et RAU, § 649, texte et note 43.

quoique parent en ligne directe, n'est pas successible dans l'espèce.

Si le malade n'a pas laissé d'*héritiers* en ligne directe descendante ou ascendante, la disposition sera valable pourvu qu'elle ait été faite en faveur d'un médecin parent jusqu'au quatrième degré. Elle serait nulle si elle avait été faite au profit d'un étranger ou d'un parent d'un degré plus éloigné.

L'art. 909 aurait dû étendre les exceptions qu'il consacre au mari médecin ou ministre du culte, qui a traité ou assisté sa femme dans la maladie dont elle est morte, ainsi qu'à la femme médecin, qui a traité son mari dans la maladie dont ce dernier est mort. La jurisprudence a arbitrairement comblé cette lacune en décidant, non pas que le conjoint se trouve compris dans l'exception, ce qui serait manifestement contraire à la réalité, mais en décidant qu'il n'est pas compris dans la prohibition contenue dans l'art. 909, attendu qu'il y a dans notre titre un chapitre spécial, le IXe, qui traite des dispositions entre époux (1). Cette raison est à peine justifiée par le résultat qu'elle est destinée à procurer. Quoi qu'il en soit, les auteurs qui en font ressortir la faiblesse, admettent cependant sans difficulté que la donation peut être annulée dans le cas où le médecin aurait épousé la femme pendant le cours de la maladie dont elle est morte, uniquement dans le but d'échapper à l'incapacité prononcée par l'art. 909, en ce qui touche les donations postérieures au mariage ou contenues dans le contrat (2). C'est une nouvelle application de la théorie de *la fraude à la loi*, sur laquelle nous avons eu plusieurs fois l'occasion de nous expliquer (Voy. t. I, n° 201), qui consiste à scruter le for intérieur afin de rechercher les mobiles secrets d'un acte d'ailleurs licite en soi.

Remarquons enfin que l'art. 909 étant reconnu devoir

(1) Voy. DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 543 et les autorités qu'il cite.
(2) LAURENT, t. XI, n°s 353, 354; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 393.

s'appliquer aux empiriques, etc., quoiqu'il ne parle textuellement que des médecins; il faut nécessairement admettre que les empiriques, etc., peuvent invoquer les exceptions établies en faveur des médecins.

105. Des motifs analogues à ceux qui ont dicté l'art. 909, ont inspiré les incapacités de recevoir dont sont frappés les officiers de marine à l'égard des personnes qui se trouvent sur leur bord. Nous en reparlerons sous l'art. 997.

106. Enfin nous devons rappeler, en ce qui touche les congrégations religieuses de femmes, la disposition de l'art. 4 de la loi du 24 mai 1825, ainsi conçue :

« Les établissements dûment autorisés pourront, avec l'autorisation spéciale du gouvernement :

« Accepter les biens meubles et immeubles qui leur auraient été donnés par acte entre-vifs, ou par acte de dernière volonté à titre particulier seulement. »

A cette incapacité de recevoir à titre universel correspond l'incapacité relative de disposer, édictée, comme nous l'avons vu ci-dessus, à l'égard des religieuses appartenant à des établissements de ce genre (*suprà*, n° 77).

§ 4. — Dons et legs faits aux personnes morales.

107. — Nécessité d'une autorisation pour leur acceptation, art. 910.
108. — Dons et legs faits à des personnes morales étrangères;
109. — Ou à un Etat étranger, ou à l'Eglise catholique.
110. — *Spécialité*, au point de vue de la capacité de recevoir, des établissements publics ou d'utilité publique; application particulière aux congrégations hospitalières de femmes.
111. — Nullité des libéralités faites à un établissement non reconnu au moment de l'acte, quoique reconnu ultérieurement.
112. — De la prétendue existence de fait de ces établissements.
113. — De la distinction faite arbitrairement entre les legs et les charges.
114. — Jurisprudence du Conseil d'État en cette matière; conséquences.
115. — Précisions en ce qui concerne les congrégations hospitalières de femmes; L. 24 mai 1825, art. 5.

107. Les règles précédemment exposées concernent spécialement les dons et legs adressés à des personnes individuelles physiques. On peut aussi les étendre à des libéralités faites à des sociétés commerciales ou civiles ayant un caractère purement privé.

Mais il existe des prescriptions particulières pour les dons et legs faits aux établissements publics ou d'utilité publique. Nous avons donné dans notre *premier volume* (nos 202 et suiv.) une momenclature de ces personnes morales avec l'indication des textes qui les régissent (1).

Il y a à leur égard deux ordres de questions à résoudre :

Les premières ont trait aux conditions de leur existence ou de leur constitution régulière ;

Les secondes ont trait à l'autorisation qui leur est nécessaire pour accepter un don ou un legs :

ART. 910. Les dispositions entre-vifs ou par testament, au profit des hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique, n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par un décret du chef de l'Etat (*).

Ce texte, qui trouve son complément dans l'art. 937, suppose d'abord que la personne morale, donataire ou légataire, a une existence civile qui lui permet d'entrer, en France, en rapport de droit, avec des Français.

108. Il ne saurait y avoir de difficultés pour les personnes morales que l'on pourrait appeler *françaises*. Mais nous croyons qu'il y a lieu d'étendre l'art. 910 aux personnes étrangères, et même aux Etats étrangers qui doivent jouir en France de la personnalité civile, ainsi que les provinces et communes dépendant de ces Etats, et qui en sont les unités constitutives. Il suit de là que les établissements étran-

(*) Art. 910. — ULPIEN, XXII, § 5; L. 32 § 2; L. 73 § 1; L. 122, D. 30, 1, *De leg.*

(1) Pour compléter cette nomenclature, consulter le *Traité théorique et pratique des dons et legs aux établissements publics*, etc., par T. TISSIER, Paris, 1890.

gers investis régulièrement de la personnalité morale, d'après les lois de leur pays, peuvent recevoir en France des dons et legs, sous réserve de l'autorisation de notre gouvernement (1), quand même il s'agirait de valeurs mobilières, car il y aurait toujours l'intérêt de la famille du testateur à considérer. On admet cependant que l'autorisation n'aurait plus aucune raison d'être si le legs de valeurs mobilières était fait par un étranger (2).

109. Il est vrai que l'art. 910 ne s'adapte pas littéralement aux dons et legs reçus par les Etats étrangers. Mais ce texte n'est que l'expression à l'égard de certaines personnes morales, d'un principe général d'après lequel l'Etat français ne peut pas laisser aux personnes morales, quelles qu'elles soient, pleine liberté d'acquérir. Le principe consacré formellement pour les unes, s'étend implicitement aux autres. Il n'est pas possible d'admettre que l'Etat français, en réservant son droit d'autorisation envers de simples établissements d'utilité publique, l'ait abdiqué à l'égard des Etats ou souverains étrangers. Seulement en ce qui concerne les Etats ou souverains étrangers, le principe doit se combiner avec les convenances imposées par le droit des gens : l'Etat français, sur le territoire duquel se trouvent les biens acquis, a un droit de *veto ;* s'il n'en use pas c'est qu'il donne son autorisation tacite (3).

Il y a cependant une précision importante à faire en ce qui concerne l'église catholique et son chef extérieur qui est le Pape.

Il existe une certaine analogie entre le chef de l'église catholique et le chef de l'église orthodoxe; l'un et l'autre sont papes. Il y a cette différence que le Tsar est pape parce qu'il

(1) Cons. d'État, 12 janv. 1854, D. 56, 3, 16.

(2) Tissier, *loc. cit.*, p. 238; *Dictionn.* Blanche, v° *Dons et legs*, VII.

(3) Voy. Lainé, *Des pers. mor. en Dr. int. privé*, p. 32 (*J. du Dr. int. pr.*, 1893, p. 273.

est souverain temporel; d'autres souverains sont dans le même cas. Le chef de l'Eglise catholique est au contraire pape en vertu de son caractère principal. Il ne prétend à la souveraineté temporelle que pour assurer l'exercice de son principat spirituel.

C'est donc ce principat spirituel qui lui permet d'entrer en relations diplomatiques avec les puissances établies. Il importe peu, à ce point de vue, que ses prétentions à une souveraineté temporelle soient ou ne soient pas d'accord avec les faits.

Donc, quand le gouvernement français traite avec le Tsar, il traite avec un souverain qui, chez lui, peut être ou ne pas être pape, cela importe peu.

Quand le même gouvernement français traite avec le successeur de Saint-Pierre, il traite avec le représentant d'une religion qui se dit universelle; peu importe que le chef de cette religion soit ou ne soit pas souverain temporel.

De là il suit que la religion catholique est régulièrement représentée vis-à-vis du gouvernement français par le chef de la catholicité, quand il s'agit d'assurer en France la protection des intérêts catholiques.

Cette protection est assurée par les divers rouages de l'organisation ecclésiastique. Mais vis-à-vis des particuliers les intérêts dont il s'agit ne sont représentés que par les organes spéciaux résultant des traités, pragmatiques, concordats, etc. Ce qui revient à dire que l'Eglise catholique n'a pas d'existence corporative vis-à-vis des particuliers. Son clergé n'a pas non plus d'existence corporative. Donc les particuliers ne peuvent adresser des libéralités qu'aux organes spéciaux investis par la loi de la capacité de les recevoir.

Par suite les dons ou legs qui seraient adressés d'une manière abstraite :

Soit au clergé catholique,

Soit à l'église catholique,

Soit d'une manière concrète, au Pape, chef de l'église ou du clergé catholique, ne peuvent donner lieu qu'à une question de validité, et non à une simple question d'autorisation.

Ces libéralités devront rester sans effet, à défaut d'un donataire ou légataire capable de les recueillir (1); elles ne pourraient avoir un effet utile que si elles étaient adressées à un organe rentrant dans la classe des établissements publics ou d'utilité publique.

110. Cette théorie spéciale conduit tout naturellement à une théorie générale plus compréhensive, s'appliquant à tous les établissements publics ou d'utilité publique quel que soit leur caractère ou leur but final.

Ces établissements, en effet, n'ont pas une capacité générale; ils ne sont investis de la personnalité civile que dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de leur mission officielle. Le principe qui domine la matière, c'est donc la *spécialité* des établissements publics ou d'utilité publique (2). Il y a eu sur ce point quelques fluctuations dans la jurisprudence du Conseil d'Etat; mais aujourd'hui il n'y a plus de doute à cet égard. Ainsi les fabriques, les conseils presbytéraux et consistoires des cultes protestants ne sont pas aptes à recevoir des libéralités affectées à la fondation ou à l'entretien d'écoles (3) ou faites dans l'intérêt des pauvres (4). Il en est de même des consistoires israélites (5).

Les pauvres ayant de leur chef une capacité propre, on a

(1) Comp. Trib. Montdidier, 4 fév. 1892, *J. Dr. int. pr.*, 1892, p. 447; Amiens, 21 fév. 1893, *J. Dr. int. pr.*, 1893, p. 384.

(2) Gautier, *Revue critique*, 1882, p. 641; Léon Béquet, *Capacité des fabriques*, *Revue gén. d'admin.*, 1881, p. 26; Beudant, sous Cass. 10 déc. 1878, D. 79, 1, 5; *Revue pratique*, 1881, p. 408; Tissier, *loc. cit.*, n° 132.

(3) Cons. d'État, 13 avr. 1881, D. 82, 3, 22.

(4) Cons. d'État, 13 juill. 1881, D. 82, 3, 23.

(5) Cons. d'État, 8 avr. 1886, *Revue des établ. de bienf.*, 1886, p. 78.

pu décider que l'administration de l'assistance publique avait qualité pour accepter une libéralité adressée, dans l'intérêt des pauvres, à un organe qui n'avait pas mission pour les représenter (une chambre des notaires) (1). Mais une telle solution ne saurait être généralisée. Lorsqu'une libéralité a été faite à un établissement sous une condition qui rentre dans les attributions d'un autre, il est inadmissible que le gouvernement ait le droit de substituer le second au premier dans l'acte d'autorisation, et de refaire en quelque sorte le testament du bienfaiteur ; la libéralité est caduque (2).

Cette solution ne met pas obstacle à ce que des établissements dénués d'existence légale propre, mais dépendant d'un autre établissement autorisé, puissent recevoir par l'intermédiaire de celui-ci (3). Ainsi un don serait valablement fait à une *école professionnelle*, non reconnue comme établissement d'utilité publique, mais fondée et entretenue par un département, une commune, une chambre de commerce ou un syndicat professionnel; cette école jouit d'une capacité *indirecte* empruntée à la personne morale de qui elle relève, et le décret qui la reconnaîtrait plus tard comme établissement d'utilité publique, aurait simplement pour but et pour effet de lui conférer une capacité directe (4).

Le principe de la spécialité a reçu une application particulière aux congrégations hospitalières. Ces congrégations ont une maison mère et des maisons succursales. Aux termes du décret du 18 février 1809 chaque maison séparée doit être l'objet d'une autorisation qui lui confère une existence civile distincte. Elle ne peut recevoir que dans la limite de la mission spéciale qui a été déterminée par l'autorisation. Si un

(1) Cons. d'État, 2 déc. 1881, D. 82, 3, 23.

(2) Tissier, *loc. cit.*, n° 138.

(3) Aubry et Rau, § 649; Demolombe, t. XVIII, n° 590; Comp. Cass. 2 mai 1864, D. 64, 1, 265.

(4) Comp. L. 5 avr. 1884, art. 111 § 3; Tissier, *loc. cit.*, n° 119.

don a été fait à une succursale non reconnue, il ne pourra être validé comme étant censé être fait à la congrégation ou à la maison mère (1). Le contraire n'a pu être soutenu (2) et jugé (3) que par une appréciation abusive, et contraire à l'évidence des faits, de l'intention du disposant. Or, avant de rechercher son intention, il fallait voir d'abord ce qu'il avait le droit de faire.

111. Ceci nous conduit à verifier quel est le sort des legs faits à un établissement non reconnu à la mort du testateur, lorsqu'on ne peut le rattacher par aucun lien à un établissement déjà autorisé.

La circonstance que l'établissement envisagé aurait été ultérieurement l'objet d'une reconnaissance régulière, semble indifférente. Au moment de la donation ou du legs, il n'existait pas; la libéralité est donc nulle parce que le prétendu donataire ou légataire n'avait pas d'existence légale. Pour que l'enfant non encore né mais simplement conçu puisse recevoir, il a fallu un texte, l'art. 906, mais un texte n'était pas nécessaire pour déclarer que le néant ne peut être ni donataire, ni légataire.

La libéralité est donc nulle quand même elle serait subordonnée explicitement ou implicitement à la reconnaissance postérieure de l'établissement. « On ne peut pas, fait observer Demolombe, disposer conditionnellement au profit de l'enfant non conçu *s'il vient à naître*, ne doit-il pas aussi être vrai qu'on ne peut pas disposer conditionnellement au profit d'une communauté non autorisée *si elle vient à être autorisée* (4)? »

Mais alors on s'est emparé de l'art. 906, et on a prétendu

(1) LAURENT, t. XI, n° 195; MASSÉ et VERGÉ sur ZACHARIÆ, t. III, p. 36, note 10.

(2) AUBRY et RAU, § 649, note 7; DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 587.

(3) Cass. 17 juill. 1856, D. 56, 1, 279; Paris, 11 mars 1865, D. 65, 2, 228.

(4) T. XVIII, n° 589.

assimiler à l'enfant conçu l'établissement qui existe de fait (1)! Mais, dit M. Laurent: « Comment un jurisconsulte peut-il comparer un être réel qui vit, à un être fictif, qui n'a qu'une existence fictive, laquelle fiction ne peut produire d'effet que du moment où elle est consacrée par l'autorité compétente (2)! » Laissons donc de côté une comparaison sans valeur, et voyons ce qu'il peut y avoir de sérieux dans cette allégation que l'établissement envisagé avait une existence de fait avant l'autorisation intervenue ultérieurement, et que cet *état de fait* doit nécessairement produire certaines conséquences utiles.

112. Est-il bien vrai tout d'abord que la personne morale dont il s'agit avait, antérieurement à l'autorisation, une existence de fait?

La négative est certaine, et l'affirmation contraire repose sur une équivoque voulue. Sans doute pendant la période de formation on voit certaines personnes se réunir dans un but commun vers lequel elles dirigent toute leur activité, et y consacrer certains capitaux meubles ou immeubles. Mais il ne peut résulter de là qu'une *association de fait* dont les membres jouissent seulement *ut singuli*, de tous les droits civils (3). C'est cette association qui existe en fait, mais non la personne morale qui ne peut résulter que d'une reconnaissance officielle. Comment d'ailleurs une personne morale, dont l'existence repose sur une fiction, pourrait-elle exister *en fait?* Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'elle existe *en projet* dans la pensée des personnes dont la réunion forme une association de fait; mais tant que la reconnaissance officielle n'est pas intervenue, c'est le néant.

(1) JACQUIER, *Des congr. religieuses*, p. 251 et suiv.; MARGUERIE, *Etude sur les libéralités*, etc., *Revue critique*, 1878, p. 513; TISSIER, *loc. cit.*, n° 121.

(2) T. XI, n° 192.

(3) Bruxelles, 7 juill. 1883, *Pas.*, 83, 2, 359; Comp. Cass. (rés. par la Cour d'appel), 20 juin 1888, D. 89, 1, 25.

C'est donc à tort que l'on parle de l'existence *de fait* de la personne morale. On est même allé plus loin, et par un singulier renversement des notions les plus élémentaires, on a prétendu que, durant la période de formation, il y avait seulement à l'égard des communautés non autorisées, une *fiction légale d'inexistence* (1)! On a même soutenu que : « une communauté non autorisée doit pouvoir prescrire, parce qu'elle peut posséder aussi bien qu'une communauté autorisée, paisiblement, publiquement et à titre de maître (2) ! » Il n'y a pas à discuter de telles propositions.

De ce que, durant la période de formation, il n'y a possibilité de concevoir une existence de fait qu'à l'égard d'une association ne constituant pas une personne morale, il suit que la propriété des meubles ou immeubles affectés à l'œuvre commune ne peut reposer que sur la tête des diverses personnes individuelles composant l'association, comme s'il s'agissait d'une société civile en participation.

Sans doute on a pu juger, en fait, qu'une communauté non autorisée avait pu avoir qualité pour toucher et employer à ses œuvres les capitaux et revenus appartenant à ses membres (3). Mais cela est déjà excessif, et il est certain que de telles communautés sont et demeurent radicalement incapables de recevoir. La reconnaissance dont elles peuvent être ultérieurement l'objet ne saurait donc valider rétroactivement les libéralités qui leur ont été antérieurement adressées.

113. La Cour de cassation a consacré cette solution (4), mais elle a cru devoir admettre un tempérament difficile à justifier; elle décide que : « si un établissement non encore

(1) Bressolles, *De la reconn. légale*, etc. *Recueil de l'Acad. de législ. de Toulouse*, 1854, p. 134.

(2) Rodière, *Des comm. religieuses non autor.*, *Recueil de l'Acad. de législ. de Toulouse*, 1862, p. 455.

(3) Cass. 22 déc. 1851, S. 52, 1, 33.

(4) Cass. 14 août 1866, D. 67, 1, 120.

autorisé au moment du décès du testateur ne peut recueillir les legs qui auraient été faits directement en sa faveur, aucune loi ne s'oppose à ce que cet établissement une fois autorisé puisse réclamer l'exécution d'une charge imposée à son profit à un légataire capable, sous la condition exprimée ou sous-entendue et acceptée par le légataire capable, que la charge n'aura d'effet qu'à partir du moment où l'établissement aura acquis une existence légale (1).... »

Mais au contraire il y a une loi qui interdit une semblable combinaison, c'est l'art. 906. Il y a sans doute une charge dans le legs envisagé parce qu'on peut comprendre sous cette expression toute obligation corrélative à une libéralité ; mais quand cette charge consiste en une transmission de propriété s'opérant par l'intermédiaire d'un légataire apparent, le légataire véritable, celui auquel l'objet légué doit définitivement parvenir, n'en est pas moins considéré comme recevant le legs du testateur, et comme soumis aux conditions imposées à ceux qui recueillent à titre gratuit. Il doit subir le rapport, la réduction, il doit donc, en vertu de l'art. 906, être capable vis-à-vis de l'auteur de la libéralité au moment où son droit a pris naissance, c'est-à-dire à la mort du testateur (2). La distinction entre un legs direct et les charges est d'ailleurs si ténue, qu'elle aboutirait, si elle était admise, à faire dépendre le sort de la disposition testamentaire soit de l'arbitraire du juge, soit de la plus ou moins grande habileté que le testateur aurait apportée dans la rédaction de son testament (3).

114. Le Conseil d'État après avoir d'abord admis que les legs dont il s'agit étant nuls, l'acceptation n'en doit pas être

(1) Cass. 28 juin 1870, S. 70, 1, 367; Cass. 8 avr. 1874, S. 74, 1, 228; Conf. Aubry et Rau, § 619; Demolombe, t. XVIII, n°s 588 et suiv.

(2) Gautier, *Revue critique*, 1877, p. 145; *Précis des mat. admin.*, p. 115; Laurent, t. XI, n° 194.

(3) Tissier, *loc. cit.*, n° 120.

autorisée par le gouvernement, a fini par envisager la question dans un autre point de vue.

Il estime qu'en règle générale il y a lieu d'autoriser par le même acte l'établissement lui-même et les libéralités testamentaires dont il a été gratifié, mais sans préjuger la validité des legs auxquels elles s'appliquent. L'examen de cette question est en effet réservé aux tribunaux civils, et l'autorisation n'est accordée que sous la réserve des droits des tiers (1).

Il peut donc arriver que, malgré l'autorisation accordée, la libéralité ne produise aucun effet utile au profit de l'établissement gratifié, puisque cette libéralité pourra être annulée par application de la jurisprudence de la Cour de cassation. Aussi le Conseil d'État hésite-t-il quelquefois à autoriser l'établissement lorsque la délivrance des legs n'ayant pas été consentie par les héritiers un débat devant les tribunaux civils est encore possible. En conséquence, une note de la section de l'intérieur rédigée le 30 juillet 1884 (2) déclare que le Conseil d'État accorde l'autorisation demandée : « Alors surtout que les héritiers naturels donnent leur consentement, et que la question de droit ne paraît pas devoir être soulevée. »

Il résulte en définitive des explications qui précèdent que l'autorisation accordée à un établissement n'a pas pour résultat de valider rétroactivement les libéralités qui lui avaient été directement adressées à une époque antérieure, sauf la réserve faite arbitrairement par la Cour de cassation, pour les simples charges imposées à un légataire capable en faveur de cet établissement.

Par conséquent l'autorisation accordée ne fait pas entrer de plein droit dans le patrimoine de la nouvelle personne morale ainsi créée, les objets divers donnés antérieurement

(1) Demolombe, t. XVIII, n° 588.
(2) *Revue gén. d'admin.*, 1885, t. I, p. 75.

à ses membres en vue de l'œuvre commune. Un acte volontaire de transmission sera donc nécessaire, il interviendra dans la forme des donations, sera soumis au paiement des droits ordinaires de mutation, les droits des tiers quant aux réclamations dont les biens ainsi transmis peuvent être l'objet, demeurant d'ailleurs intacts.

115. Il y a cependant une précision à faire en ce qui concerne les congrégations hospitalières de femmes.

Nous avons déjà vu que l'art. 5 de la loi du 24 mai 1825 se termine ainsi :

« Le présent article ne recevra son exécution pour les communautés déjà autorisées que six mois après la publication de la présente loi, et pour celles qui seraient autorisées à l'avenir, six mois après l'autorisation accordée. »

Cette disposition a pour but de permettre aux membres de la communauté qui détiendraient individuellement des biens affectés à l'œuvre commune d'en opérer la rétrocession entière au profit de la communauté, sans que les héritiers du sang puissent venir en réclamer les trois quarts, sous prétexte que les religieuses ne peuvent donner que le quart de leurs biens.

Il est manifeste que les donations de biens appartenant personnellement à ces religieuses demeuraient complétement en dehors des prévisions de la loi, et devaient tomber sous le coup de la prohibition générale quoique faites dans les six mois. La Cour de cassation a cependant jugé le contraire (1).

Enfin une décision du ministre des finances en date du 25 juin 1852, transmise dans une instruction générale (n° 1942), statue : « que les actes dont il s'agit (de rétrocession) étant plutôt déclaratifs qu'attributifs, il serait bien rigoureux de les soumettre à l'art. 4 de la loi du 11 frimaire an VII, et qu'en conséquence, le droit proportionnel n'est pas appli-

(1) Cass. 22 déc. 1851, D. 51, 1, 37.

cable aux actes par lesquels les communautés religieuses reconnues seront, dans les six mois de leur reconnaissance, investies d'un titre régulier de propriété de la maison conventuelle et de ses dépendances, et qu'ils sont soumis seulement au droit fixe de deux francs. »

Remarquons seulement que cette *benigna interpretatio* concerne uniquement la maison conventuelle et ses dépendances.

§ 5. — Epoques à considérer pour la capacité de disposer et de recevoir.

116. — Examen de la question quant à la capacité de disposer ; d'abord par testament ;
117. — Ensuite par donation.
118. — Même question pour la capacité de recevoir par testament.
119. — De la règle Catonienne.
120. — Des legs conditionnels.
121. — Même question pour la capacité de recevoir par donation.

116. Il importe de savoir à quels moments doit exister la capacité de disposer et de recevoir dans les donations entre-vifs et les testaments.

Relativement à la capacité de donner, il faut distinguer deux époques :

1° Celle où le disposant manifeste sa volonté ;

2° Celle où le droit à la libéralité s'ouvre au profit du bénéficiaire.

D'abord l'auteur de la libéralité doit, au moment où il manifeste dans les formes légales sa volonté de donner, avoir à la fois la capacité de droit et la capacité de fait. Si l'une de ces deux capacités fait défaut, l'acte est nul. Cette règle s'applique aux donations entre-vifs comme aux dispositions testamentaires. Ainsi un homme sain d'esprit, mais frappé par les dispositions de la loi du 31 mai 1854, c'est-à-dire ayant la capacité de fait, mais n'ayant pas la capacité de droit, fait un

acte à titre gratuit, cet acte est nul, et la circonstance qu'il aura plus tard été restitué dans sa capacité de droit, n'aura aucune influence; l'acte demeurera nul.

En second lieu, l'auteur de la libéralité doit encore être capable de droit au moment où le droit à la libéralité s'ouvre au profit du bénéficiaire.

A quel moment ce droit s'ouvre-t-il? Il faut distinguer : pour les testaments c'est à la mort du testateur; pour les donations c'est quand la donation est parfaite.

Il faut donc que le testateur ait encore la capacité de droit au moment de son décès. Mais il n'est pas exigé que le testateur ait conservé jusqu'à son décès la capacité de fait qu'il avait au moment de la confection du testament.

Sauf le dissentiment de M. Laurent (1), tout le monde est d'accord pour reconnaître qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de ce qui a pu se passer dans le temps intermédiaire; seulement on a tort de vouloir édifier cette solution uniquement sur l'autorité du droit prétorien, en déclarant que : « elle est trop conforme à la raison pour que notre droit nouveau ne l'ait pas adoptée également (2). » La même solution s'imposerait en vertu des principes généraux, quand même le droit prétorien ne l'aurait pas consacrée.

En effet, si le testateur a perdu sa capacité de droit, ce ne peut être aujourd'hui que par suite d'une peine criminelle. S'il est régulièrement restitué contre les effets de cette peine, et s'il jouit au moment de son décès de son entière capacité, il faut nécessairement que le testament par lui fait avant sa condamnation redevienne valable. Ce testament ne pourrait en effet être annulé qu'en vertu d'une condamnation dont les effets ont disparu; il y aurait donc contradiction.

Quant à la capacité de fait, il était nécessaire de décider

(1) T. XI, n° 381.
(2) DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 713.

que sa disparition ne peut anéantir un testament antérieur, car ceux qui meurent de mort violente ou subite sont presque les seuls à conserver jusqu'au dernier soupir la faculté de vouloir.

Il suffit donc que le testateur capable de fait et de droit au moment de la confection du testament, soit encore capable de droit au moment de son décès.

117. Pour les donations, les règles sont différentes. La donation étant un contrat doit produire son effet au moment où les parties sont d'accord.

Or, la donation requiert, pour sa validité, l'acceptation du donataire. Mais la loi n'exige pas que cette acceptation soit faite par l'acte même de donation, de sorte que plusieurs hypothèses peuvent se produire.

Si le donateur et le donataire sont en présence au moment de la donation, il n'y a pas de difficulté, le même acte établissant à la fois et la libéralité faite par le donateur, et l'acceptation émanée du donataire. Il suffira que le donateur ait été capable de fait et de droit au moment de la confection de l'acte. Comme tout a été consommé à ce moment, les événements ultérieurs qui viendront affecter sa capacité, seront sans influence sur le sort de la donation.

Il en sera autrement si l'acceptation est fournie par acte séparé dressé postérieurement à la donation. Le donateur devra *conserver* jusqu'au moment de l'acceptation la capacité de fait et la capacité de droit, car la donation non encore acceptée n'établit aucun lien de droit entre le donateur et le donataire ; c'est une offre qui peut être retirée (1).

Si le donateur et le donataire figurent ensemble dans l'acte de donation, il n'y aura donc pas de difficulté.

Si le donataire formule son acceptation en l'absence du

(1) Aubry et Rau, § 650; Demante et Colmet de Santerre, t. IV, n° 35; Demolombe, t. XVIII, n° 700; Laurent, t. XI, n° 375; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 404.

donateur, ce qui sera le cas le plus fréquent, il devra alors faire notifier son acceptation au donateur (art. 932). Avant cette notification, la donation n'engage pas le donateur; le lien de droit ne se forme donc que par la notification. Il ne suffit donc pas au donateur d'avoir été capable au moment de la donation, de l'avoir encore été au moment de l'acceptation, il devra l'être encore au moment de la notification. Nous reviendrons sur ce point qui donne lieu à controverse, quand nous expliquerons l'art. 932.

118. Passons maintenant à l'examen des règles concernant la capacité de recevoir soit par donation soit par testament.

En ce qui touche la capacité de recevoir par testament, il faut distinguer entre les legs purs et simples et les legs conditionnels.

Aux termes de l'art. 1014 : « Tout legs pur et simple donnera au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayant cause. »

C'est donc uniquement le moment du décès du testateur qu'il faut considérer; le légataire doit être capable à ce moment. Mais la capacité suppose l'existence; il faut donc nécessairement exister à l'époque du décès. Or l'enfant conçu étant réputé exister quand son intérêt réclame cette fiction, l'art. 906 a pu dire : pour être capable de recevoir par testament, *il suffit* d'être conçu à l'époque du décès du testateur.

Cette disposition ne s'applique évidemment qu'à l'enfant déjà conçu et non encore né, et non à celui qui est déjà né. Pour celui-là *il ne lui suffit pas* d'être conçu, puisqu'il est né; il faut encore qu'il ait la capacité de recevoir par testament. Or, la question est de savoir s'il suffit au légataire d'être capable au moment du décès du testateur, ou bien s'il ne doit pas encore l'avoir été au moment de la confection du testament?

119. La question ainsi posée reviendrait, d'après les auteurs, à celle de savoir si la règle catonienne doit encore être

suivie sous l'empire du Code civil (1). Nous rappelons que la règle catonienne est ainsi conçue : Le legs qui aurait été inutile si le testateur était mort au moment de la confection du testament, ne peut valoir parce que le testateur a survécu.

Il faut cependant faire une précision : la règle catonienne n'a jamais été une règle de capacité (2). Cette règle ne s'appliquait pas en effet aux legs conditionnels, et il est certain qu'un legs fait à un incapable sous la condition qu'il deviendrait capable serait toujours nul. La règle catonienne était donc autre chose qu'une règle de capacité, et nous verrons plus loin quel était son objet précis. Mais les interprètes, sous l'ancienne jurisprudence, l'avaient par erreur envisagée comme consacrant une règle de capacité. Il s'agit seulement de savoir si cette règle, telle que les anciens auteurs la comprenaient, doit encore être suivie sous l'empire du Code.

Or, à ce point de vue la négative est certaine; considérée comme règle de capacité, la règle catonienne avait été admise, il est vrai, dans les pays de droit écrit, mais elle était incertaine, sinon proscrite d'une manière absolue, dans les pays de coutume. Telle était la situation quand fut promulguée l'ordonnance de 1735 sur les testaments, dont l'art. 49 a été reproduit par l'art. 906. Or, d'après Furgole (3), cet art. 49 n'exigeait pour la validité de l'institution faite par un testament qu'une seule chose, que les institués fussent conçus ou nés à l'époque du décès du testateur : il était donc fait pour un cas particulier seulement, et par suite impliquait l'autorité de la règle catonienne pour les cas ordinaires beaucoup plus qu'il ne l'infirmait. On pourrait faire le même raisonnement pour l'art. 906 qui se borne à reproduire l'art. 49 de l'ordonnance, et conclure que l'art. 906 implique également l'autorité de la règle catonienne.

Mais cette conclusion ne serait légitime que si la règle

(1) Demolombe, t. XVIII, nos 706, 707 ; Laurent, t. XI, no 382.
(2) Cauvet, *Règle caton.*, *Revue de législ.*, t. XXVI, p. 5.
(3) *Des testam.*, chap. VI, § 19.

catonienne, entendue comme règle de capacité, avait toujours été reçue sans contestation dans l'ancienne jurisprudence. Or nous savons qu'il n'en est pas ainsi, il est donc impossible de considérer cette règle comme étant maintenue par cela seul qu'elle n'a pas été formellement abrogée.

Il suffira donc que le légataire soit capable au moment du décès du testateur. Son incapacité au moment de la confection du testament ne lui nuira pas; l'efficacité du legs sera en suspens jusqu'au moment du décès.

Telle est la solution à laquelle il convient de s'arrêter quand on examine la question en se plaçant au point de vue des auteurs anciens et de ceux des écrivains modernes qui, partageant la même erreur, considèrent la règle catonienne comme formulant une règle de capacité. Mais il importe d'observer que cette solution devrait être maintenue, quand même on reconnaîtrait, ce que nous croyons être la vérité, que la règle catonienne est fondée en raison.

La règle catonienne, en effet, s'appliquait uniquement aux legs atteints d'un vice momentané, inhérent à la chose léguée, et non affectés d'une modalité les rendant futurs et incertains (1).

Elle était sans application quant aux legs affectés d'un vice résultant de l'incapacité, soit absolue, soit relative du légataire. Cependant ce point est contesté et quelques auteurs admettent que la règle est applicable, dans les cas d'incapacité relative (2). Elle était encore sans application quand la chose léguée était hors du commerce, ou quand le testateur ayant légué purement et simplement, en tout ou en partie, la succession d'une personne dont il était héritier présomptif, cette succession venait à s'ouvrir immédiatement après la confection du testament. Dans toutes ces hypothèses le legs

(1) Cauvet, *loc. cit.*

(2) Massol, *Princip. ration. de la règle caton.*, *Recueil de l'Acad. de législ. de Toulouse*, 1875, p. 115, 116.

était nul à cause de son vice d'origine, quand même il aurait été fait conditionnellement.

120. Ceci nous conduit à parler des legs conditionnels.

Le legs conditionnel ne devient parfait que par la réalisation de la condition. Le légataire devra donc être capable de recevoir à l'époque de cette réalisation. Mais cela suffira-t-il? Ne devra-t-il pas encore avoir été capable de recevoir au moment du décès du testateur?

Il faut s'en tenir purement et simplement au texte de l'art. 906. Cet article exige, sans distinction entre les legs purs et simples et les legs conditionnels, que le légataire soit conçu au moment du décès du testateur. Donc il faut reconnaître qu'en matière de legs conditionnels le légataire doit être conçu au moment du décès; il ne suffirait pas qu'il le fût au moment de la réalisation de la condition.

Cette solution est assez communément reçue par les auteurs. Certains cependant veulent la restreindre au cas de l'existence du légataire. Quant aux conditions de capacité autres que celles de l'existence, ils admettent qu'il suffit qu'elles soient remplies au moment de la réalisation de la condition postérieurement au décès (1).

Par conséquent le legs conditionnel fait à une personne actuellement existante, mais absolument incapable de recevoir, serait cependant valable, si le légataire avait recouvré sa capacité au moment de la réalisation de la condition.

Ceux qui enseignent que la règle catonienne s'appliquait au cas où le legs était vicié par l'incapacité simplement relative du légataire, arrivent au même résultat par l'application pure et simple de la règle catonienne. Ainsi, par exemple, dans le cas prévu par l'art. 907, en admettant l'opinion qui ne voit dans ce texte qu'une incapacité de recevoir édictée à l'égard du tuteur, on sera amené à décider que si l'ex-tuteur est

(1) Duranton, t. VIII, nos 229, 231, 233; Aubry et Rau, § 650, texte et note 2; Marcadé sur l'art. 902.

institué purement et simplement l'institution sera nulle, tandis qu'elle sera valable si elle est conditionnelle, quoique le compte de tutelle soit rendu et apuré postérieurement (1).

De même, dans le cas prévu par l'art. 909, si le médecin a épousé sa malade, et que le testament fait en sa faveur ait été confectionné avant la célébration du mariage, on soutient que le legs doit être infirmé s'il est pur et simple, et maintenu s'il est conditionnel (2).

Nous croyons au contraire qu'il faut résoudre la question sans se préoccuper en aucune façon de la règle catonienne laquelle laissait en dehors de son application les legs viciés par l'incapacité soit absolue, soit relative du légataire.

Le principe de solution réside dans cette circonstance que le légataire conditionnel a, dès le décès, un droit ayant une certaine consistance, et en vertu duquel il peut, le cas échéant, exercer des mesures conservatoires. Il faut donc qu'il soit capable de recevoir au moment où ce droit éventuel fait impression sur sa tête, il faut encore qu'il soit capable quand ce droit devient définitif par la réalisation de la condition (3).

Par conséquent, chaque fois qu'à l'occasion d'un legs surgira une question de capacité de recevoir, soit absolue, soit relative, la solution devra être recherchée en dehors de la règle catonienne qui n'a jamais été une règle de capacité. Nous verrons plus loin si cette même règle entendue comme elle doit l'être scientifiquement, c'est-à-dire comme se référant uniquement à des legs ne pouvant recevoir leur exécution au moment du décès, à raison d'un vice momentané inhérent à la chose léguée, ne doit pas au contraire être encore observée comme ayant son fondement dans la raison.

(1) *Contrà*, LAURENT, t. XI, n° 387.

(2) MASSOL, *loc. cit.*, p. 123, note 1.

(3) DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 38 *bis;* DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 718; LAURENT, t. XI, n° 384; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 405; Bordeaux, 16 août 1881, S. 84, 1, 429.

121. Que faut-il décider quant à la capacité de recevoir par donation entre-vifs? Il s'agit uniquement de la capacité de fait. Il ne saurait y avoir de difficulté quand les parties sont en présence. Quand l'acceptation a lieu par acte séparé, il va de soi que le donataire doit être capable à ce moment. Mais ne faut-il pas de plus qu'il y ait eu la capacité de recevoir au moment où le donateur a manifesté la volonté de donner? Cette manifestation de volonté continue d'exister tant qu'elle n'est pas retirée; elle se reproduit en quelque sorte à chaque instant de la durée, et notamment dans l'instant de raison qui précède l'acte d'acceptation, et comme le donataire est capable à ce moment, cela suffit (1). Faut-il encore que le donataire soit capable au moment de la notification de son acceptation au donateur? Il y a quelques raisons de douter, nous les examinerons à l'occasion de l'art. 932.

§ 6. — Dispositions faites au profit d'incapables.

122. — Nullité de ces dispositions, art. 911.
123. — Deux espèces de simulations prévues par la loi; des fidéicommis.
124. — Des legs faits dans l'intérêt des pauvres par l'intermédiaire d'un tiers capable ou incapable.
125. — Nullité des clauses chargeant un légataire d'employer les valeurs léguées suivant les intentions du testateur, ou en bonnes œuvres déterminées ou non.
126. — Etat de la jurisprudence sur ce point.
127. — Cas où le testateur n'a fait aucune mention de la charge donnée au légataire apparent de restituer à un tiers incapable. — De la preuve du fidéicommis.
128. — Des présomptions d'interposition de personnes.
129. — Dans quels cas elles sont admises.
130. — Vis-à-vis de quelles personnes.
131. — Quand doit exister l'incapacité du véritable bénéficiaire.
132. — Quand doit exister la qualité à laquelle la loi attache la présomption d'interposition.

(1) Duranton, t. VIII, n° 234; Demante et Colmet de Santerre, t. VI, n° 35; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 404.

133. — Cas où la présomption cesse.
134. — A qui appartient l'action en nullité dérivant de l'art. 911.
135. — *Quid* d'un légataire universel?
136. — Contre qui l'action doit être dirigée.
137. — Texte abrogé de l'art. 912.

122. Il y a deux manières de violer la loi : « *Contra legem facit*, dit Paul, *qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero qui, salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit* (1). »

La violation directe des prohibitions légales en matière de donations ou de legs devait donc être civilement réprimée, ainsi que la violation indirecte résultant d'une simulation :

ART. 911. Toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées. — Seront réputés personnes interposées les père et mère, les enfants et descendants, et l'époux de la personne incapable.

D'une manière générale toute disposition faite au profit d'un incapable est nulle ou dans certains cas réductible. C'est ce qui résulte déjà des textes ci-dessus examinés. D'une manière plus spéciale il doit encore en être ainsi quand la libéralité s'adressant à un incapable a été dissimulée d'une manière quelconque.

123. La loi prévoit deux cas spéciaux de simulation :

Le premier est celui où la disposition a été déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, vente, bail, constitution de rente viagère, etc. D'après la solution qui a prévalu les formalités solennelles exigées pour la validité des donations entre-vifs, ne sont pas en effet applicables au cas d'une libéralité déguisée. Il suffit que le contrat apparent soit constaté de la manière qui lui est propre. Donc la disposition est nulle uniquement à raison de l'incapacité de celui qui doit en profiter.

La fraude ne se présumant pas, c'est à celui qui soutient qu'une libéralité a été déguisée sous la forme d'un contrat à

(1) L. 29, D. 1, 3, *De legibus*.

titre onéreux à en faire la preuve par application des règles du droit commun.

Le second cas de simulation est celui où la libéralité a été faite à un incapable sous le nom d'une personne interposée qui reçoit à la charge de transmettre la libéralité à cet incapable. Il s'agit d'un fidéicommis tacite.

Les fidéicommis de cette nature se présentent sous deux formes différentes :

Le plus souvent la disposition est faite purement et simplement à une personne capable de recevoir sans autre explication.

Quelquefois la libéralité faite à une personne capable de recevoir contient quelques explications sur l'emploi qui devra être fait des biens donnés, mais ces explications sont insuffisantes pour faire connaître la personne du véritable bénéficiaire, de telle sorte que la libéralité ostensiblement faite à une personne capable, s'adresse en réalité à une *personne incertaine*, dont l'individualité demeure inconnue, et dont les intéressés ne peuvent, par suite, vérifier la capacité.

124. Nous verrons plus tard, sous l'art. 967, que les legs faits directement à une personne incertaine sont nuls. Il ne s'agit, ici, que des legs faits ostensiblement à une personne capable pour profiter à une personne incertaine.

Parlons d'abord des legs faits dans l'intérêt des pauvres. Dans l'état actuel de la législation et de la jurisprudence, les pauvres ont une individualité propre, la difficulté ne peut porter que sur le choix de leur mandataire (1). « Tout legs dont les pauvres doivent profiter est donc un legs fait aux pauvres. Si l'intermédiaire choisi par le testateur pour leur en remettre le montant est un établissement public ou une institution collective incapable de ce chef, les bureaux de bienfaisance doivent non pas être substitués, car les bureaux

(1) TISSIER, *loc. cit.*, nos 61, 62, etc.

de bienfaisance ne sont pas personnellement légataires, mais appelés comme représentants des pauvres légataires au lieu et place de l'établissement nommé (1). »

Cette doctrine est fort contestable. Quand le testateur a choisi pour intermédiaire un établissement légal on peut admettre qu'il a pu se tromper sur les attributions légales de cet établissement, mais quand il a désigné une congrégation non autorisée, c'est cette congrégation qu'il a entendu rendre légataire, et le legs devrait être annulé, non comme s'adressant par interposition à une personne incertaine, mais comme fait à un légataire incapable (2).

125. Les dispositions par lesquelles le testateur charge le légataire d'employer les biens légués suivant les instructions qu'il lui a fait connaître, ou en bonnes œuvres non spécifiées, etc., doivent être annulés comme s'adressant à des personnes incertaines. Il résulte en effet de la formule employée ou de formules analogues, que le légataire nommé n'est qu'une personne interposée dans le but de faire parvenir à d'autres les biens légués. A qui? il est impossible de le savoir, de vérifier par conséquent la capacité du légataire réel. On a jugé cependant qu'un testateur peut valablement charger son légataire universel d'employer la valeur ou le revenu des biens à la fondation d'une école dirigée par un instituteur chrétien congréganiste ou laïque, et, en cas d'impossibilité temporaire, provisoirement à des œuvres pies, et qu'il n'y avait pas là fidéicommis au profit de personnes incertaines (3). Mais on ne sait ni en quoi doivent consister ces œuvres pies, ni à quelles personnes elles doivent profiter, ni sur la tête de qui reposera la fondation envisagée! Le prétendu légataire

(1) Léon Béquet, *Dons et legs charitables*, *Revue gén. d'admin.*, 1882, I, p. 133; Tissier, *loc. cit.*, n° 60.

(2) Orléans, 9 avr. 1846, D. 46, 2, 90; Laurent, t. XI, n° 315; Voy. cep. Cass. 6 nov. 1866, D. 66, 1, 436.

(3) Cass. 5 juill. 1886; Cass. 6 nov. 1888, S. 90, 1, 241 et la note.

universel n'est en réalité qu'un intermédiaire chargé de transmettre la succession à une personne qu'on ne connaît pas.

126. Enfin la jurisprudence distingue entre les legs proprement dits et les simples charges. Elle décide en conséquence que la disposition par laquelle le testateur ordonne à son exécuteur testamentaire d'employer en bonnes œuvres ce qui restera des biens de la succession après l'acquittement des legs particuliers, ne constitue pas un legs fait à des personnes incertaines, mais a le caractère d'une simple charge de la succession et est dès lors valable (1). Il suffira donc de faire quelques legs insignifiants et de charger ensuite l'exécuteur testamentaire d'employer le reste des biens en *bonnes œuvres*, pour se mettre au-dessus des lois qui ont pour objet de réglementer la capacité de recevoir!

Du reste la jurisprudence que nous venons de signaler est loin d'être définitivement établie. La Cour de Besançon, s'inspirant des véritables principes, a décidé en effet que la disposition testamentaire imposant à un légataire universel l'obligation d'affecter à une fondation projetée (un hospice) tout ou partie des biens transmis, constitue un legs au profit des pauvres et malades, bénéficiaires éventuels, et non une charge imposée au légataire universel. En conséquence les pauvres et les malades doivent être considérés dans ce cas comme des légataires particuliers, et ils peuvent demander, par l'intermédiaire de leur représentant légal, la délivrance de ce legs (2).

Cette décision a été contestée; elle aurait pour effet, a-t-on dit, si elle devait prévaloir à l'avenir, la suppression des fondations par charge d'emploi imposée à des particuliers (3). Cette perspective n'a rien d'alarmant, vu surtout l'esprit qui

(1) Bourges, 11 janv. 1887, S. 90, 2, 170; Comp. Pau, 18 janv. 1887, D. 87, 2, 63; Voy. LAURENT, t. XI, n° 320.

(2) Besançon, 26 mars 1891, D. 93, 2, 1.

(3) M. BEUDANT, note sous l'arrêt précité.

anime certains fondateurs. Dans l'espèce envisagée, la fondation devrait être organisée et administrée en dehors de toute ingérence administrative ; il s'agissait donc, sous prétexte de fondation charitable, de créer un élément local d'influence au profit de certaines vues particulières. Le champ de la bienfaisance est assez vaste pour qu'il puisse s'exercer librement en respectant les lois concernant la spécialité des établissements publics, et leur représentation extérieure par des organes certains, connus et autorisés.

127. Dans les espèces ci-dessus examinées, la formule employée par le disposant indiquait suffisamment que le gratifié apparent devait transmettre à un autre le bénéfice total ou partiel de la libéralité. Pour éviter toutes recherches sur ce point, il arrive souvent que le testateur se borne à désigner un légataire purement et simplement, sans rien ajouter.

Dans ce cas le fidéicommis, s'il existe en réalité, n'est pas apparent, et c'est à celui qui l'allègue à en fournir la preuve qui pourra d'ailleurs être faite tant par actes que par témoins. On pourra aussi recourir à l'interrogatoire sur faits et articles du bénéficiaire apparent, et même lui déférer le serment, « non seulement sur le point de savoir s'il existe un pacte secret, mais encore sur celui de savoir si le prétendu donataire n'a pas l'intention de remettre à une tierce personne la libéralité qu'il vient de recevoir (1). » — « Il ne suffirait pas, dit Pothier, que le légataire offrît d'affirmer qu'il n'y a eu aucune paction entre lui et le testateur..... car souvent il n'y en a pas ; et le testateur se fie que la personne interposée pénétrera sa volonté. » C'est un point sur lequel tout le monde est d'accord. Sans doute s'il y a eu un pacte entre le disposant et le bénéficiaire apparent, la preuve d'un tel pacte sera la démonstration éclatante de l'interposition alléguée, mais la preuve de cette interposition peut résulter d'autres circon-

(1) CHARDON, *Traité de la fraude*, ch. II.

stances, et il n'est pas nécessaire d'établir l'existence du pacte dont il s'agit (1) ; c'est là un principe qui n'empêche pas cependant, pour faire ressortir que le testateur n'a eu aucune arrière-pensée de fidéicommis, de tirer un argument complémentaire de ce qu'il ne s'en est jamais ouvert à son légataire (2).

C'est la transmission effective entre les mains de l'incapable des biens donnés au bénéficiaire apparent, qui sera souvent le principal moyen de preuve, surtout quand cette transmission se sera effectuée à une date rapprochée de la disposition ; mais cela ne sera pas toujours décisif.

128. Il ne saurait au contraire y avoir le moindre doute quand la libéralité a été faite à certaines personnes qui se trouvent avec l'incapable dans de tels rapports d'intimité ou de dépendance qu'il est permis de dire que leurs intérêts se confondent. C'est donc avec raison que la seconde disposition de l'art. 911 répute personnes interposées les père et mère, les enfants et descendants, et l'époux de la personne incapable.

Dans ce cas les demandeurs en nullité ne sont pas tenus de prouver l'interposition. L'interposition résulte alors d'une présomption légale les dispensant de toute preuve et n'admettant pas la preuve contraire (3) sauf ce qui est dit de l'aveu et du serment (art. 1352).

129. Les présomptions d'interposition résultant de l'art. 911 ne concernent que les incapacités relatives de recevoir ; on ne saurait les appliquer dans les cas d'incapacité absolue. Différemment par cela seul qu'un individu serait condamné à une peine afflictive perpétuelle, il en résulterait que son conjoint et ses plus proches parents deviendraient aussi, par l'effet de

(1) Demolombe, t. XVIII, n° 640; Laurent, t. XI, n° 413; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 398; Lyon, 10 janv. 1883, D. 83, 2, 231.

(2) Cass. 20 juin 1888, D. 89, 1, 25.

(3) Poitiers, 27 fév. 1888, S. 89, 2, 8 ; Cass. 22 janv. 1884, S. 84, 1, 227.

la même condamnation, incapables de recevoir de toute personne.

L'art. 911 § 2, comme toutes les dispositions consacrant une présomption légale, est de stricte interprétation et application ; il suit de là :

1° Qu'il n'est applicable qu'aux incapacités relatives prévues dans le chapitre auquel il appartient, et qu'il ne peut être étendu aux hypothèses prévues par les art. 975, 997 et 1596 ;

2° Qu'il ne saurait être complété par l'art. 1100 qui établit des présomptions analogues ; chacun de ces deux articles doit s'appliquer, avec sa teneur spéciale, à l'hypothèse pour laquelle il a été créé.

130. Mais s'il n'est pas permis d'étendre les présomptions en dehors des limites qui leur sont assignées par la loi, il ne faut pas davantage en limiter arbitrairement l'application, et il faut leur donner toute l'étendue que comportent les termes généraux du texte. Ainsi l'art. 911 répute de plein droit personnes interposées :

1° *Les père et mère de l'incapable ;* cette présomption ne s'applique pas aux ascendants autres que les père et mère, mais elle s'applique au père et à la mère naturels comme au père et à la mère légitimes (1) ;

2° *Les enfants et descendants de l'incapable.* Il faut comprendre sous le nom d'enfants, dans l'ordre d'idées où se place l'art. 911, non seulement les enfants légitimes ou légitimés mais encore les enfants adoptifs, les enfants naturels reconnus, et même les enfants naturels ou incestueux dans les cas où leur filiation serait constatée (2).

(1) Cass. 22 janv. 1884, D. 84, 1, 117 ; Cass. 30 janv. 1883, D. 83, 1, 201 ; Orléans, 5 fév. 1885, D. 86, 2, 166.

(2) Demolombe, t. XVIII, n°s 653 à 656 ; Laurent, t. XI, n° 397 ; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 399 *bis ;* Voy. cep. Demante, t. IV, n° 32, *bis* VII.

3° *Le conjoint de la personne incapable*, peu importe qu'il soit ou non séparé de corps. Le futur époux ou fiancé à qui une donation est faite par contrat de mariage est présumé personne interposée, car c'est seulement en qualité d'époux qu'il pourra profiter de la libéralité qui lui est adressée ; il en est autrement quant aux libéralités qui lui seraient faites en dehors du contrat de mariage (1). Telle est du moins la doctrine généralement reçue et qui est en harmonie avec les principes relatifs aux libéralités faites en vue du mariage dans le contrat de mariage (2).

131. La qualité de personne interposée suppose une incapacité de recevoir chez celui qui est le véritable bénéficiaire de la libéralité. Il semble donc que l'incapacité de ce dernier doit exister légalement au moment même où la libéralité produit son effet.

Il n'y a guère de difficulté à appliquer cette solution au cas où une personne en pleine santé fait une déclaration de donation entre-vifs ou un testament au profit du fils d'un médecin. Si plus tard le médecin, père du donataire ou légataire traite le disposant durant la maladie dont ce dernier meurt, le gratifié pourra accepter la donation durant la maladie du disposant ou recueillir le legs après son décès. Le médecin n'est en effet devenu incapable que pour les dispositions faites par le malade, à son profit, au cours de la dernière maladie pour laquelle il l'a traité (3). Avant cette maladie, il n'y avait pas à craindre un abus d'influence de sa part, et puisqu'il n'était pas incapable, il ne pouvait y avoir, à l'égard de ses proches, une présomption d'interposition de personnes.

(1) Bordeaux, 28 fév. 1887, D. 87, 2, 216; Lyon, 24 nov. 1860, D. 61, 2, 111.

(2) Aubry et Rau, § 650 *bis*, note 12; Laurent, t. XI, n° 401; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 399; *Contrà*, Demolombe, t. XVIII, n° 659; Cass. 27 juillet 1881, D. 82, 1, 249.

(3) Demolombe, t. XVIII, n° 669.

Il en serait autrement quand il s'agit des incapacités dérivant de la qualité d'enfant naturel reconnu. Ainsi il a été jugé que le legs contenu dans le testament du père naturel au profit d'une femme qui a elle-même reconnu l'enfant, est nul en tant qu'il excède la quotité déterminée par l'art. 908, quand même cette reconnaissance n'aurait eu lieu qu'après la mort du testateur (1). Cette solution considère la reconnaissance comme simplement déclarative du fait d'où dérive l'incapacité (2), et a pour résultat de faire disparaître l'intérêt qu'aurait la mère à retarder sa reconnaissance pour faire profiter son fils, au delà des limites de l'art. 908, des libéralités qui pourraient lui être antérieurement adressées par le père. La jurisprudence est incertaine.

Le même raisonnement s'appliquerait au cas où la libéralité se serait produite sous la forme d'une donation entre-vifs adressée par le disposant qui aurait reconnu son enfant naturel, à une femme qui plus tard reconnaîtrait le même enfant.

132. Il faut aussi que la qualité à laquelle la loi attache la présomption d'interposition existe au moment où la libéralité doit produire son effet.

Ainsi, le père ou la mère d'un enfant naturel institue par testament authentique, pour sa légataire universelle, une jeune fille en ce moment capable de recevoir. Plus tard cette jeune fille épouse l'enfant naturel du testateur; elle est la femme de l'incapable à l'époque du décès du disposant, c'est-à-dire au moment où la disposition doit produire son effet; l'art. 911 est donc applicable (3).

Il ne le sera plus s'il survient une impossibilité absolue à ce que l'incapable profite de la libéralité; c'est ce qui arrivera

(1) Cass. 30 janv. 1883, D. 83, 1, 201; Cass. 22 janv. 1884, D. 84, 1, 117; Orléans, 5 fév. 1885, D. 86, 2, 166; *Contrà*, Paris, 9 fév. 1883, D. 83, 2, 119; Cass. 28 mai 1878, D. 78, 1, 401.

(2) Voy. note de M. Beudant sous l'arrêt précité du 28 mai 1878.

(3) Demolombe, t. XVIII, n° 666 *bis*.

quand il est prédécédé. Dans le cas de testament, peu importe que le prédécès soit postérieur à la confection du testament. Il en serait de même dans une donation entre-vifs si le prédécès de l'incapable se plaçait entre l'offre et l'acceptation de la donation. Le legs non révoqué ou la donation non retirée seront donc valables.

Il faut cependant faire une exception, au moins en cas de legs, lorsqu'il s'agit d'une incapacité fondée, comme celle du tuteur ou du médecin, sur la présomption d'un abus d'influence. La disparition de l'incapable de recevoir ne saurait purger le legs d'un vice qui affecte la liberté même du consentement; la personne qui était interposée ne pourra donc profiter de la libéralité.

Quant au prédécès du légataire apparent, il fait évanouir la libéralité; et le véritable bénéficiaire ne pourrait venir la réclamer, sous prétexte qu'elle s'adressait à lui et qu'en réalité il est capable de recevoir. Il devra en être ainsi quand même il s'agirait d'une disposition faite par personne interposée au profit d'un établissement religieux légalement reconnu, dans le but seulement d'éluder l'art. 910 (1).

133. Enfin il est un cas où la présomption légale d'interposition ne doit pas être appliquée : c'est lorsque à la qualité qui fonde en général la présomption d'interposition, le donataire *nominal* en joint une autre qui le rattache *personnellement* au donateur, et qui, si elle existait chez l'incapable lui-même serait suffisante pour le relever de son incapacité. Ainsi par exemple, un malade dispose au profit de la femme ou des enfants du médecin qui le traite, mais le médecin est son allié, et la femme ou les enfants donataires ou légataires sont parents du malade au degré déterminé par l'art. 909 (2).

(1) Cass. 3 mars 1891, D. 81, 1, 261; Voy. LABBÉ, *Revue critique*, 1882, *Examen doctrin.*, p. 354.

(2) DELVINCOURT, t. II, p. 208; DEMANTE, t. IV, n° 32, *bis* V; AUBRY et RAU, § 650 *bis;* DEMOLOMBE, t, XVIII, n° 649.

134. L'action en nullité dérivant de l'art. 911, appartient en principe à tous ceux qui ont intérêt à faire annuler la libéralité déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, ou faite par personne interposée. Tels sont le donateur de son vivant, ses créanciers et ayants-cause, et après son décès ses héritiers et les créanciers de la succession. Les héritiers qui ont consenti en connaissance de cause à l'exécution de la disposition, se sont rendus irrecevables à en provoquer l'annulation, à moins qu'il ne s'agisse d'une nullité d'ordre public, telle que celle résultant de l'incapacité des corporations non autorisées (1).

135. Il peut se faire que le disposant ait institué un légataire universel. Nous supposons qu'il s'agit d'une institution sérieuse. Dans ce cas le légataire universel devant profiter de la caducité des dispositions faites par le testateur, a seul, à l'exclusion des héritiers du sang non réservataires, qualité pour demander la nullité des donations prétendues déguisées faites par le testateur. Les héritiers du sang, n'ayant aucun intérêt, sont non recevables, alors même qu'ils prétendraient que ces donations auraient été faites au profit de personnes incapables, par exemple de congrégations non autorisées. Mais en ce qui concerne les libéralités excessives faites aux enfants naturels l'action en nullité ou réduction ne saurait appartenir ni aux parents légitimes puisqu'ils ne viennent pas à la succession, ni au légataire universel puisque la prohibition de l'art. 908 n'a pas été édictée dans son intérêt (2).

Nous avons supposé qu'il y avait eu une institution de légataire universel sérieusement faite. Mais il peut arriver que l'institution d'un tel légataire n'ait aucun caractère sérieux, et ait été faite au profit d'un complice de la fraude,

(1) AUBRY et RAU, § 649, notes 74, 75; LAURENT, t. XI, nos 177, 424; Liège, 16 juin 1880, *Pas.*, 81, 2, 52.

(2) AUBRY et RAU, § 649, note 73; LAURENT, t. XI, no 423; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XVIII, no 705; Cass. 7 avr. 1865, D. 65, 1, 49.

dans le but unique d'empêcher d'agir ceux qui auraient eu intérêt à la démasquer.

Le legs universel qui aurait été fait uniquement, ou même principalement dans ce but, devrait évidemment être annulé car il constituerait un fidéicommis (1). Mais quand pourra-t-on dire qu'un tel legs n'a pas été fait sérieusement? En principe il faut, sur ce point, reconnaître aux juges du fait un pouvoir souverain d'appréciation (2). Il y a d'abord un point qui nous semble certain; c'est que l'éventualité de la caducité des legs particuliers absorbant l'entier actif héréditaire ne saurait suffire pour créer un intérêt sérieux à un legs universel (3); différemment tous les legs universels seraient sérieux dans toutes les circonstances. Un tel legs, pour être sérieux, doit pouvoir procurer un émolument pécuniaire appréciable eu égard à la condition du légataire et aux forces de la succession. Ainsi il a été jugé que le legs universel doit être considéré comme présentant un avantage sérieux, si, les legs particuliers étant stipulés payables sans intérêts un an après la mort du testateur, il s'ensuit que les intérêts de ces legs doivent profiter pendant une année au moins au légataire universel (4). C'est là une décision d'espèce qui ne saurait être généralisée.

136. L'action en nullité sera intentée soit contre celui qui aura figuré pour son compte dans la donation déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, soit contre le bénéficiaire nominal ayant joué le rôle de personne interposée.

S'il est démontré que l'incapable a déjà reçu tout ou partie de la libéralité annulée, il pourra être actionné en restitution

(1) Cass. 1er juill. 1889, S. 90, 1, 193; Cass. 1er mars 1893, D. 93, 1, 177.

(2) Cass. 6 nov. 1888, D. 89, 1, 314.

(3) Laurent, t. XI, n° 173; Toulouse, 30 nov. 1852, D. 52, 2, 167 et la note; Comp. Limoges, 13 juill. 1870, D. 71, 2, 12.

(4) Cass. 18 fév. 1891, D. 91, 1, 305.

pour les valeurs mobilières, en revendication pour les immeubles déterminés.

S'il s'agit d'une communauté non autorisée, l'action sera dirigée contre les personnes qui auront reçu les biens ou valeurs, ou contre ceux qui paraissent diriger comme supérieurs les intérêts temporels de cette association de fait (1).

Si l'incapable qui a reçu se trouve dans l'impossibilité de rendre, les héritiers peuvent-ils agir subsidiairement contre le légataire apparent, ou contre le tiers qui a consenti à jouer le rôle d'acheteur de l'immeuble donné moyennant un prix qu'il a compté et versé dans la caisse de la communauté non autorisée?

Nous croyons qu'il faut distinguer : le testament n'est pas l'œuvre du légataire ; celui qui a reçu une chose léguée pour la remettre à un incapable n'a pris, ou est censé n'avoir pris, aucune part à la confection de l'acte; il s'est borné à remplir une sorte de mandat dont il n'avait pas à apprécier la validité. Sa responsabilité civile ne paraît pas directement engagée.

Il n'en est pas de même de celui qui a prêté son concours actif au disposant pour faire un acte défendu par la loi. S'il est démontré que l'acheteur a consenti à figurer en cette qualité dans l'acte de vente, uniquement pour faciliter au disposant le moyen de dénaturer sa fortune; s'il a versé le prix dans la caisse d'une congrégation non autorisée, on peut voir là le principe d'un recours subsidiaire de la part des héritiers qui n'ont pas réussi à se faire payer par ceux qui ont reçu le prix.

On a même jugé que la vente immobilière étant l'un des éléments d'une combinaison frauduleuse indivisible dans son ensemble, devait être annulée (2). Mais cela est contestable, car la vente, en soi, apparaît comme régulière, et il n'est pas

(1) Gand, 19 juill. 1884, *Pas.*, 84, 2, 352.

(2) Nancy, 15 juin 1878, S. 78, 2, 289 et la note ; Grenoble, 6 avr. 1881, S. 92, 2, 13.

possible de rechercher les motifs qui ont déterminé l'acheteur (1). Ce qui engage la responsabilité de ce dernier, c'est le concours personnel qu'il a donné au paiement de son prix entre les mains d'un incapable de recevoir.

La Cour de cassation admet dans tous les cas l'action des héritiers du donateur contre les donataires incapables, mais non contre les tiers qui ont aidé sciemment le donateur à faire disparaître la trace des valeurs, attendu qu'il n'existe pas pour les héritiers une action analogue à celle résultant pour les créanciers de l'art. 1167 (2).

« Si cette jurisprudence triomphe, dit M. Labbé, rien ne sera plus facile, même à ceux qui ont des immeubles, que de disposer de leur fortune au profit des corporations non reconnues sans qu'il en reste aucune trace de nature à diriger les poursuites. Les biens dont la valeur aura passé dans la caisse de la communauté s'étaleront au soleil entre les mains de ceux qui auront aidé par leur connivence à l'accomplissement de l'illégalité. Nous croyons, nous, que de l'art. 6 ou de l'art. 1382 on aurait pu faire sortir une sanction pleinement efficace de la défense de donner aux incapables, sanction analogue à celle qui est textuellement écrite pour les créanciers dans l'art. 1167 (3). »

137. Il y avait autrefois une autre cause d'incapacité établie par l'article suivant :

ART. 912. On ne pourra disposer au profit d'un étranger, que dans le cas où cet étranger pourrait disposer au profit d'un Français.

Mais ce texte a été abrogé par la loi du 14 juillet 1819.

(1) Lyon, 10 fév. 1886, S. 87, 2, 179 et les renvois.

(2) Cass. 1er juill. 1889, S. 90, 1, 193; note de M. LABBÉ; Comp. Cass. 18 fév. 1891, D. 91, 1, 305.

(3) Note sous l'arrêt précité du 1er juill. 1889.

CHAPITRE III.

DE LA PORTION DE BIENS DISPONIBLE ET DE LA RÉDUCTION.

SECTION PREMIÈRE.

De la portion de biens disponible.

§ 1er. — Généralités.

138. — Notion d'une quotité disponible et d'une réserve. — Droit romain, droit coutumier; comparaison entre la légitime et la réserve.
139. — Droit intermédiaire; Code civil.
140. — Caractères de la réserve.
141. — L'héritier réservataire renonçant peut-il cumuler avec la quotité disponible sa part dans la réserve?
142. — Fluctuation de la jurisprudence jusqu'à l'arrêt du 27 novembre 1863.

138. Celui qui ne laisse à son décès ni ascendants, ni descendants a pu librement disposer de tous ses biens à titre gratuit, au profit de toute personne capable de recevoir, sans qu'aucun de ses héritiers puisse venir critiquer ses dispositions pour les faire annuler ou réduire.

Au contraire celui qui laisse des ascendants ou descendants ne peut disposer à titre gratuit que d'une certaine portion de son patrimoine appelée, pour ce motif, *quotité disponible;* l'autre portion est réservée à ses héritiers, et est en conséquence désignée sous le nom de réserve.

Il n'en a pas toujours été ainsi: dans le premier état du droit romain rien ne venait restreindre la liberté absolue du *paterfamilias* de disposer de ses biens à titre gratuit. Plus tard cette liberté fut restreinte d'abord par la *querela inofficiosi testamenti*, ensuite par la *querela inofficiosæ donationis*. La jurisprudence ne tarda pas à admettre que le parent ayant reçu par testament le quart de sa portion

ab intestat, *quarta legitimæ partis*, ce qui fut appelé la *légitime*, ne pourrait se plaindre. Enfin on arriva, sous Justinien, à décider que le légitimaire qui aurait reçu du défunt une portion quelconque de l'hérédité, pourrait simplement intenter une action en complément de légitime.

Dans les pays de droit écrit on suivait en cette matière les principes du droit romain. Mais l'autorité des jurisconsultes fit introduire la *légitime* dans les pays de coutume en la soumettant à certaines modifications. Ainsi la légitime fut considérée dans les pays de coutume comme une portion de l'hérédité que le légitimaire ne pouvait réclamer qu'en se portant héritier, alors que dans les pays de droit écrit la légitime, selon les principes romains était plutôt considérée comme une portion des biens du défunt revenant au légitimaire en sa qualité de parent, *jure sanguinis*. En outre la légitime n'appartenait dans les pays de coutume qu'aux descendants, tandis que dans les pays de droit écrit elle appartenait aux descendants, aux ascendants ainsi qu'aux frères et sœurs germains ou consanguins.

Enfin la légitime s'exerçant sur tous les biens sans distinction et par conséquent sur les meubles et les acquêts, devint un complément de la *réserve*, institution spéciale aux pays coutumiers ayant son origine dans un *condominium* ou copropriété de famille et destinée à conserver les *propres* dans les familles.

Voici d'ailleurs les différences qui existaient entre la *légitime* et la *réserve :*

1° La réserve ayant pour but la conservation des biens dans les familles, s'appliquait seulement aux propres ; la légitime étant destinée à assurer l'existence de celui qui pouvait la réclamer, rendait indisponible une partie des biens indistinctement ;

2° La légitime ne pouvait être entamée par aucune libéralité ; la réserve coutumière, au contraire, pouvait être

entamée, et même épuisée par des donations entre-vifs ;

3° La réserve était, en général, des *quatre-quints* des propres ; la quotité de la légitime variait suivant les coutumes ;

4° Il fallait toujours se porter héritier pour avoir droit à la réserve ; tandis qu'il fut admis, après controverse, que le légitimaire devait être héritier seulement quand il demanderait la légitime par voie d'action ;

5° La réserve était donnée au descendant de la ligne d'où provenaient les propres, quel que fût son degré ; la légitime était accordée à l'enfant le plus proche ;

6° On finit par établir aussi une légitime en faveur des ascendants et des collatéraux.

Remarquons enfin que dans les pays de coutume, comme dans ceux de droit écrit, les père et mère avaient le droit d'exhéréder leurs enfants pour certaines causes déterminées.

139. La loi du 17 nivôse an II enleva aux parents le droit d'exhérédation et fit disparaître la réserve coutumière en supprimant la distinction des biens en propres et acquêts. Cette loi restreignit outre mesure la quotité disponible que la loi du 4 germinal an VIII éleva sensiblement. Enfin les rédacteurs du Code civil furent appelés à coordonner sur ce point les idées transmises par l'ancien droit.

Les réserves coutumières demeurèrent supprimées. Quant à l'ancienne légitime telle qu'elle fonctionnait dans les pays de coutume, l'idée principale sur laquelle elle reposait fut conservée, mais avec de telles modifications qu'elle fut transformée en une véritable réserve formant aujourd'hui un droit unique et exclusivement héréditaire. Sans doute l'expression *la légitime* a complétement disparu de notre législation, et le Code se sert uniquement du mot *réserve;* mais cette réserve n'est nullement, comme on l'a cru, l'ancienne réserve coutumière qui attribuait aux parents de la ligne une partie des propres par préférence aux ascendants et même aux collatéraux les plus proches.

140. Il est à remarquer que les textes du Code et la rubrique de notre chapitre mentionnent seulement la quotité disponible; la réserve n'est déterminée qu'indirectement et par voie de conséquence. Elle comprend les biens dont le défunt n'a pu disposer, qui par conséquent forment la succession, que par suite on ne peut réclamer qu'en qualité d'héritier.

On peut donc définir la réserve :

Le droit héréditaire des parents en ligne directe, en tant qu'il est garanti jusqu'à concurrence d'une certaine quotité de biens, contre les dispositions entre-vifs ou testamentaires de la personne à la succession de laquelle ils sont appelés par la loi (1).

De ce que la réserve est un droit héréditaire, il suit que le successible renonçant ne peut la réclamer par *voie d'action*.

141. Mais dans le cas d'une libéralité faite sans dispense de rapport, le successible qui en a été gratifié et qui renonce à la succession pour s'en tenir aux biens reçus, peut-il les conserver non seulement jusqu'à concurrence de la quotité disponible, mais encore jusqu'à concurrence de sa part dans la réserve?

Il semble que l'affirmative ne pouvait soulever de sérieuses difficultés, car d'un côté l'héritier, même réservataire, qui renonce est réputé n'avoir jamais été héritier (art. 785), et d'autre part l'art. 845 déclare formellement que : « l'héritier qui renonce peut cependant retenir le don entre-vifs ou réclamer le legs à lui fait jusqu'à concurrence de la portion disponible (2). »

Néanmoins on a soutenu que le réservataire renonçant

(1) Aubry et Rau, § 679.

(2) En ce sens, Toullier, t. III, n° 110; Duranton, t. VII, n°s 551, 559; t. VIII, n°s 298, 299; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 700; Demolombe, t. XIX, n°s 50, 56 et suiv.; Mourlon, t. II, 599; Marcadé sur l'art. 845; Laurent, t. XII, n° 113; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 460; Thézard, *Revue crit.*, 1884, etc., etc.

pouvait retenir la donation ou réclamer le legs à lui fait jusqu'à concurrence de la quotité disponible et de sa réserve cumulées; que l'art. 845 ne s'y oppose pas, car il s'agit de savoir ce que ce texte entend par *disponible*. Or, a-t-on dit, il y a deux sortes de disponibles, l'un concernant les étrangers lequel comprend le patrimoine du disposant déduction faite de la portion réservée aux descendants ou aux ascendants, l'autre spécial aux réservataires lequel comprend, outre la portion disponible ordinaire, la part de réserve du donataire ou du légataire. La quotité disponible dont parle l'art. 845 est donc variable suivant que la disposition est faite au profit d'un réservataire ou d'un étranger; donc cet article n'est pas violé si le renonçant conserve avec le disponible ordinaire sa part dans la réserve, puisque cette part est disponible vis-à-vis de lui (1)! Cette interprétation sophistique des textes les plus clairs qui existent aboutit, comme on l'a remarqué, à faire de l'enfant avantagé un préciputaire sans clause de préciput, et un réservataire quoiqu'il ait renoncé à la succession!

Mais, a-t-on dit, tout en admettant que la libéralité faite au réservataire renonçant ne peut être conservée par lui que dans la limite du disponible, il faut bien reconnaitre qu'une telle solution pourra amener des résultats regrettables. Par la renonciation de l'enfant donataire ou légataire la quotité disponible, en effet, sera fréquemment absorbée en totalité, ou du moins considérablement diminuée. Il en résultera que le droit de libre disposition d'une partie du patrimoine admis en faveur du père de famille sera réduit à néant, et que ce dernier se trouvera dans l'impossibilité de récompenser par des dons ou des legs les personnes qui auront bien mérité de lui.

En conséquence et pour obvier à ces inconvénients contre

(1) Dufour, *Revue étrang.*, 1836, p. 491; G. Demante, *Revue crit. jurisp.*, t. II, p. 81, 148 et 743; Bressolles, *Revue crit. jurisp.*, 1858, p. 519; Labbé, *Revue pratique*, 1858, p. 193, 305, 352.

lesquels d'ailleurs il est possible au disposant de se prémunir (Voy. t. V, nº 344); un autre système, dit *de l'imputation*, a été proposé.

D'après ce système l'enfant renonçant, donataire ou légataire sans dispense de rapport, pourra retenir d'abord sa réserve et ensuite la quotité disponible, de manière cependant que la valeur totale de la libéralité qu'il retiendra ne soit pas supérieure à la valeur de la quotité disponible; en d'autres termes, la libéralité sera imputée d'abord sur la réserve et subsidiairement, s'il y a lieu, sur le disponible, procédé qui ne viole pas l'art. 845, car cet article n'a pas pour objet de résoudre une question d'imputation (1). Sans doute, l'art. 845 n'a pas pour but de trancher une question d'imputation, mais il statue en vue de l'imputation *normale* qui doit se faire sur la quotité disponible, ainsi que cela résulte de l'art. 844.

142. La Cour de cassation a admis successivement les trois opinions que nous venons d'indiquer. D'abord, par un arrêt du 18 février 1818 (*Laroque de Mons*) elle décida que le réservataire renonçant ne peut retenir que la quotité disponible. Plus tard, par trois arrêts en date du 11 août 1829, 25 mars 1834 et 30 mai 1836, elle se prononça pour le système *de l'imputation;* enfin le 17 mai 1843 (arrêt *Leproust*) et plus tard le 21 juillet 1846 (arrêt *Lecesne*), elle abandonna cette dernière opinion, et déclara que l'enfant renonçant aurait le droit de retenir à la fois et la réserve et l'entière quotité disponible. Cette décision souleva d'énergiques protestations : M. Duvergier s'écriait que l'arrêt de la Cour suprême avait été cassé par l'opinion publique (2). Valette déclarait que « la doctrine de cet arrêt heurtait de front une foule de disposition du Code; que tout devient dans la loi obscure et contra-

(1) Demante, t. IV, nº 42 *bis* V; Aubry et Rau, § 684, texte et note 39.

(2) *Gaz. Trib.*, 19 oct. 1844.

dictoire, et qu'il est dès lors impossible à l'interprète le plus habile d'exposer sur la matière un système intelligible (1).

Plusieurs Cours d'appel refusèrent de s'associer à cette nouvelle jurisprudence, et leurs arrêts ayant été cassés, la Cour de cassation fut appelée à statuer toutes chambres réunies. Par un arrêt du 27 nov. 1863 (2), la Cour revenant à sa première jurisprudence et aux vrais principes décida, conformément à un remarquable réquisitoire du procureur général Dupin (3), que le renonçant ne peut pas cumuler sa part de réserve avec la quotité disponible, et que le don à lui fait en avancement d'hoirie est imputable exclusivement sur la quotité disponible. La question peut donc aujourd'hui être considérée comme définitivement résolue (4).

Sans doute elle est résolue en elle-même, mais les anciens partisans du cumul ont fait tous leurs efforts pour restreindre dans l'application les conséquences de l'arrêt de 1863, en soutenant que, malgré la solution donnée par cet arrêt, l'enfant donataire renonçant pour s'en tenir à son don, doit compter parmi les enfants dont le nombre sert à fixer le dénominateur de la fraction disponible (5). Cette difficulté sera examinée plus loin ; suivant qu'elle recevra telle ou telle solution, la part du renonçant sera plus ou moins forte.

§ 2. — Quotité disponible quand il existe des descendants.

143. — La fixation de cette quotité fait apparaître une réserve pour les descendants, art. 913 et 914.
144. — Des enfants légitimés et adoptifs; des absents.
145. — Des enfants naturels.

(1) *Revue de Dr. fr. et étr.*, t. I, p. 630.
(2) S. 63, 1, 513; D. 64, 1, 5.
(3) Voy. *Moniteur* du 28 déc. 1863.
(4) Comp. Cass. 10 nov. 1880, D. 81, 1, 81; Voy. LABBÉ, *Revue critique*, 1882, *Examen doctrin.*, p. 359.
(5) BRESSOLLES, *Recueil de l'Acad. de législ. de Toulouse*, 1864, p. 65.

146. — Calcul de leur réserve.
147. — L'enfant renonçant ou indigne doit-il être compté pour le calcul de la réserve?

143. La loi n'attribue textuellement une réserve qu'aux descendants et ascendants légitimes, en indiquant la portion dont le père de famille peut disposer. Cette portion est appelée par les commentateurs *quotité disponible ordinaire* par opposition à la *quotité disponible exceptionnelle* dont nous aurons aussi à parler.

En ce qui concerne les descendants :

ART. 913. Les libéralités, soit par actes entre-vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant légitime; le tiers, s'il laisse deux enfants; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre (*).

La loi du 4 germinal an VIII avait fixé la quotité disponible d'après une échelle toujours ascendante, diminuant par conséquent la quotité disponible à mesure que le nombre des enfants laissés par le *de cujus* augmentait. Le Code a bien fait d'arrêter cette graduation lorsqu'il y a trois enfants.

Quels sont ceux qu'il fallait comprendre sous cette dénomination générale d'enfants?

Liberorum appellatione nepotes et pronepotes cæterique qui ex his descendunt continentur (1).

En conséquence :

ART. 914. Sont compris dans l'article précédent, sous le nom d'*enfants*, les descendants en quelque degré que ce soit; néanmoins ils ne sont comptés que pour l'enfant qu'ils représentent dans la succession du disposant.

Cela est de toute évidence quand ils viennent en effet par représentation. La même décision devra être admise dans le cas où les petits-enfants viendront à la succession de leur chef. Les mots *qu'ils représentent* contenus dans le texte ne

(*) Art. 913. — L. 8 § 15, D. 512, *De inoff. test.;* L. 6, C. 3, 28, *De inoff. test.* — Novell. 18, c. 2.

(1) L. 220, D. 50, 17, *De verb. signif.*

doivent pas être pris au sens technique, ils signifient : *qu'ils remplacent*. Par conséquent si le *de cujus* a laissé un fils unique ayant quatre enfants, et que ce fils soit renonçant ou indigne, la succession appartiendra aux petits-enfants qui y viendront de leur chef puisqu'on ne représente pas les personnes vivantes (art. 744). Mais ils ne compteront, au point de vue de la quotité disponible, que pour le père qu'ils viennent *remplacer* quoique ne le *représentant* pas (1). La solution contraire produirait ce résultat inadmissible qu'il dépendrait du fils d'augmenter, par sa renonciation, le montant de la réserve (2).

144. Les enfants légitimés et les enfants adoptifs ayant les mêmes droits héréditaires que les enfants légitimes (articles 333, 350), doivent être rangés au nombre des enfants ayant une réserve. Cette assimilation entre l'enfant adopté et l'enfant légitime a pour conséquence de faire perdre leur réserve aux ascendants (3). Il faut remarquer en outre que si l'art. 914 s'applique aux descendants des enfants légitimés, il ne s'applique pas aux descendants des enfants adoptifs lesquels ne sont pas appelés à la succession de l'adoptant.

Quant aux absents, ils ont toujours droit à leur réserve, mais en fait ils ne peuvent la réclamer tant que dure leur absence. La succession est en effet dévolue exclusivement à ceux avec lesquels ils auraient eu le droit de concourir et à ceux qui l'auraient recueillie à leur défaut (art. 136). Peu importe que l'absence ait été déclarée, ou qu'elle soit simplement présumée.

145. Pour les enfants naturels, quoique le droit à une réserve ne paraisse pas résulter nécessairement de l'interpré-

(1) Rouen, 12 fév. 1887, S. 88, 2, 42.

(2) Demante, t. IV, n° 46 *bis;* Aubry et Rau, § 681, note 1, Demolombe, t. XIX, n° 77; Laurent, t. XII, n° 15; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 410.

(3) Laurent, t. II, n° 18.

tation et de la combinaison des textes, tout le monde est d'accord pour l'admettre, sauf M. Laurent (1). La seule difficulté de la matière consiste aujourd'hui à déterminer le montant de cette réserve.

On fait reposer le principe d'une réserve au profit des enfants naturels sur l'art. 761 combiné avec l'art. 757. En effet, dit-on, si la loi exige que le père qui veut écarter de sa succession l'enfant naturel, lui assure au moins la moitié de la portion qu'il aurait eue *ab intestat*, c'est que la loi n'a pas voulu permettre au père de dépouiller complétement son enfant naturel ; elle veut qu'il lui laisse quelque chose; c'est ce quelque chose qui forme sa réserve.

Il semblerait donc légitime de conclure que la réserve de l'enfant naturel est toujours de la moitié de ce qui lui reviendrait *ab intestat*. Cette solution est exacte dans un cas seulement, lorsque les père ou mère ont ainsi voulu réduire la portion héréditaire de leur enfant naturel au moyen d'un *acte entre-vifs*. Mais ils ne pourraient le faire par une disposition testamentaire. Il faut donc rechercher en dehors de l'art. 761 quel est le montant de la réserve des enfants naturels, quand leur auteur s'est borné à faire des libéralités à des étrangers sans exercer la faculté de réduction résultant de l'art. 761. Quelques auteurs ont soutenu que, même dans cette hypothèse, la réserve de l'enfant naturel est de la moitié de la fraction accordée par l'art. 757. Ce que nous venons de dire démontre le peu de fondement de cette opinion.

146. Pour trouver la portion héréditaire de l'enfant naturel, il faut d'abord le considérer comme légitime, et prendre ensuite le tiers, la moitié ou les trois quarts de cette portion.

Il faudra agir de même pour trouver sa réserve. La réserve de l'enfant naturel est donc à la réserve de l'enfant légitime,

(1) T. II, n° 40.

comme la portion héréditaire *ab intestat* de l'enfant naturel, est à la portion héréditaire *ab intestat*.

Cette formule donne les résultats suivants :

La réserve d'un enfant naturel en concours avec un enfant légitime, égale un neuvième de la succession;

Avec deux enfants légitimes, un douzième;

Avec trois enfants légitimes, un seizième;

Avec un ascendant, un frère ou une sœur, un quart;

Avec des collatéraux autres que frères ou sœurs, trois huitièmes ;

Enfin la réserve est de la moitié quand il n'existe pas de parents au degré successible.

Il faut savoir maintenant sur quelle fraction de la succession cette réserve devra être prise. Doit-elle être prise aux dépens de la réserve des enfants légitimes qui se trouverait ainsi diminuée d'autant, ou aux dépens de la quotité disponible qui se trouverait alors réduite dans la même proportion?

Nous nous bornerons à indiquer le procédé qui paraît être le plus logique.

Supposons d'abord que l'enfant naturel soit en concours avec des enfants légitimes et un légataire universel. En pareille hypothèse il est un cas où il ne peut y avoir de difficulté; c'est celui où il y a trois enfants légitimes. Dans ce cas la quotité disponible est invariablement du quart. Donc, s'il survenait un quatrième enfant légitime, ce serait tant pis pour les trois autres ; le légataire universel n'y perdrait rien, il aurait toujours le quart. Il doit, *a fortiori*, en être de même si le quatrième enfant qui survient au lieu d'être légitime est naturel.

Voyons le cas où l'enfant naturel se trouve en présence de deux enfants légitimes et d'un légataire universel. Tant qu'il n'y a que deux enfants, la quotité disponible est d'un tiers, et par suite la réserve de deux tiers. S'il survient un troi-

sième enfant légitime, c'est à la fois tant pis pour les deux premiers puisque au lieu d'un tiers chacun, ils n'auront qu'un quart, et tant pis pour le légataire universel puisque la quotité disponible qui était du tiers se trouve réduite au quart. La survenance d'un enfant légitime aurait donc pour résultat de réduire en même temps la réserve et la quotité disponible; il devra donc en être de même si le troisième enfant au lieu d'être légitime est naturel. C'est-à-dire que la réserve de l'enfant naturel en concours avec deux enfants légitimes, ou même avec un seul, car le raisonnement serait le même, doit être prise proportionnellement sur la réserve et sur la quotité disponible.

On devra faire encore le même raisonnement pour l'hypothèse où un enfant naturel se trouve en concours avec des ascendants. Dans ce cas, s'il eût été légitime, il eût tout à fait exclu les ascendants; donc puisqu'il est naturel il ne les exclura que pour moitié. C'est-à-dire que s'il y a un ascendant dans chaque ligne, la réserve de l'enfant naturel sera prise pour moitié sur celle de chaque ascendant. S'il n'y a d'ascendant que dans une ligne, la réserve de l'enfant naturel sera prise pour une moitié sur celle de l'unique ascendant, et pour l'autre moitié sur la quotité disponible, c'est-à-dire que cette seconde moitié sera supportée par les donataires ou légataires (1).

Tel est le procédé le plus équitable et en même temps le plus juridique pour régler la réserve de l'enfant naturel. Sauf la différence de quotité, cette réserve est de la même nature que la réserve des enfants légitimes, c'est-à-dire qu'elle est *quota hæreditatis* et non pas *quota bonorum;* ce n'est pas comme on l'a soutenu, une charge de l'hérédité, une espèce de dette que l'on déduirait de l'actif, conformément à la règle éta-

(1) Voy. sur tous ces points, AUBRY et RAU, § 686; DEMOLOMBE, t. XIX, nos 170, 174 et suiv.; LAURENT, t. II, nos 49 à 52.

blie par l'art. 922, pour faire ensuite le partage de l'actif.

147. De ce que la réserve est *quota hæreditatis*, il suit qu'on ne doit pas compter pour en déterminer le montant les enfants qui sont exclus comme indignes ou qui ont renoncé à la succession. Cela paraît de toute évidence. La masse héréditaire, celle qui est protégée dans l'intérêt de ceux qui doivent la partager entre eux, a été constituée à raison même du nombre de ceux qui doivent la recueillir; il serait manifestement contraire à l'esprit de la loi et au but de la disposition que de la calculer par exemple pour trois lorsqu'elle ne peut profiter qu'à deux.

Néanmoins comme l'art. 913 se sert de l'expression : si le père *laisse à son décès* un, deux, trois enfants ou un plus grand nombre..., la Cour de cassation en conclut que c'est ce nombre d'enfants qui devient la base fixe et invariable du calcul de la réserve. Par conséquent, peu importe que l'un des enfants renonce ou soit déclaré indigne, la quotité disponible s'est trouvée fixée d'une manière immuable, avant cet événement (1). On peut cependant faire observer que le législateur, dans l'art. 913, s'est servi du langage qui lui est propre, et dont le sens est fort clair; quand il parle d'un défunt qui *laisse* ou *ne laisse pas* certains parents, il veut toujours parler de parents *venant à la succession en qualité d'héritiers* (art. 746, 748, 749, 750, 757, 758). Pourquoi en effet s'occuper des autres qui sont des étrangers?

Avec le système adopté par la jurisprudence on arrivera aux conséquences les plus singulières. On verra notamment le renonçant qui a reçu des libéralités du *de cujus*, faire nombre *contre lui-même!* Ainsi un père de famille laisse à sa

(1) Cass. 21 juin 1869, S. 70, 1, 432; Paris, 18 fév. 1886, S. 88, 2, 225, et la note présentant l'application des divers systèmes à l'espèce jugée; Toullier, t. III, n° 109; Duranton, t. VIII, n°s 298 et suiv.; Aubry et Rau, § 681, texte et note 5; Valette, *Mélanges*, t. Ier, p. 278; Bressolles, *loc. cit.*

mort deux enfants; l'un, donataire, qui renonce à la succession, l'autre qui l'accepte. D'après la jurisprudence, la réserve est toujours des deux tiers malgré la renonciation qui rend le renonçant étranger à la succession. Le renonçant aura donc droit à un tiers seulement, et sera moins favorisé qu'un étranger à qui le défunt aurait pu donner la moitié.

Dans le même système, si tous les enfants renoncent, leur réserve devant demeurer invariable et ne pouvant être modifiée par un événement postérieur au décès il faudrait dire qu'elle profitera aux ascendants et même aux collatéraux par voie de dévolution (1)! Tous les partisans de l'opinion que nous repoussons n'osent pas aller jusque-là, et reconnaissent que la réserve est *personnelle* et *incommunicable*, mais ils ne font aucune difficulté pour admettre que si sur trois enfants laissés par le disposant, il y en a deux qui renoncent, la réserve de l'unique enfant qui accepte sera des trois quarts et la quotité disponible du quart seulement!

« Mais, s'écrie Demolombe, c'est là le renversement complet de la théorie fondamentale de notre Code, d'après lequel, tout au contraire, le même événement qui augmente la réserve, doit nécessairement, du même coup, augmenter dans la même proportion, la quotité disponible! La logique est donc violée; et non seulement la logique, mais aussi la raison et l'équité même. (2) »

Dans l'opinion considérant comme imputable sur la réserve la libéralité faite au renonçant, on distingue : si l'enfant renonçant n'a rien reçu, on ne le compte pas; s'il a reçu quelque chose on le compte puisqu'il a pris sa part dans la réserve (3).

(1) Voy. DALLOZ, v° *Disposit.*, n°s 202, 203.

(2) T. XIX, n° 97; Conf. MARCADÉ sur l'art. 914; LAURENT, t. XII, n° 21; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 416.

(3) DELVINCOURT, t. II, p. 216 et suiv.; DEMANTE, t. IV, n° 45 *bis* I, II et III.

Enfin, la solution admise pour le renonçant est aussi appliquée à l'indigne (1); les différences secondaires qui séparent les deux situations ne sont pas suffisantes pour motiver une distinction.

§ 3. — Quotité disponible quand il existe des ascendants.

148. — La fixation de cette quotité fait apparaître une réserve pour les ascendants, art. 915. La présence de frères ou sœurs, même privés de tout émolument héréditaire, enlève-t-elle aux ascendants leur droit à la réserve?

149. — Quels ascendants ont une réserve?

150. — Les autres parents n'ont pas de réserve, art. 916. — Règles de droit international.

148. A défaut de descendants, la réserve n'appartient pas aux frères et sœurs du *de cujus*, mais seulement aux ascendants, et elle n'est pas calculée d'après le nombre de ces derniers; elle est invariablement fixée à un quart pour les ascendants de chaque ligne:

ART. 915. Les libéralités, par actes entre-vifs ou par testament, ne pourront excéder la moitié des biens, si, à défaut d'enfant, le défunt laisse un ou plusieurs ascendants dans chacune des lignes paternelle et maternelle; et les trois quarts, s'il ne laisse d'ascendants que dans une ligne. — Les biens ainsi réservés au profit des ascendants, seront par eux recueillis dans l'ordre où la loi les appelle à succéder; ils auront seuls droit à cette réserve, dans tous les cas où un partage en concurrence avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité de biens à laquelle elle est fixée.

Il faut observer toutefois que la présence de frères ou sœurs ou descendants d'eux, et leur acceptation de la succession, a pour effet de priver de leur réserve les ascendants autres que les père et mère.

Faudrait-il admettre cette solution, même dans le cas où les aïeuls et aïeules se trouvent en présence des frères ou sœurs ou descendants d'eux qui sont privés eux-mêmes de tous les biens héréditaires par les dispositions gratuites

(1) Douai, 25 juin 1891, D. 92, 2, 89; Voy. CHARMONT, *Revue critique*, 1893, *Examen doctrin.*, p. 80.

émanées du défunt? Sans aucun doute, quand il s'agit de dispositions à titre particulier ou universel, car ces dispositions n'empêchent pas les frères ou sœurs d'être héritiers, par conséquent d'accepter la succession, et d'exclure ainsi les aïeuls. Si au contraire ils renoncent, les ascendants deviennent héritiers et par suite réservataires.

La situation n'est pas la même quand les frères ou sœurs sont dépouillés par une disposition universelle. Dans ce cas la succession *ab intestat* est remplacée par la succession testamentaire; la renonciation que prétendraient faire les frères ou sœurs se produirait dans le vide, elle serait inopérante faute d'objet, et par conséquent ne saurait donner ouverture à un droit de réserve au profit des ascendants (1). On fait remarquer encore, à l'appui de cette solution, que si l'on veut au contraire subordonner les droits du légataire universel et ceux de l'ascendant à l'option du frère entre son acceptation et sa répudiation, celui-ci pourra vouloir se faire payer soit sa renonciation par l'ascendant, soit son acceptation ou tout au moins son inaction par le légataire universel.

Cette éventualité n'a pas arrêté la Cour de cassation dont l'opinion est suivie par la majorité des auteurs, et qui décide que les ascendants sont héritiers et par conséquent réservataires si les frères ou sœurs renoncent, et qu'ils ne sont pas héritiers, et par suite n'ont pas de réserve si les frères et sœurs ne renoncent pas (2). La raison alléguée, c'est que le legs universel ne détruit pas la vocation héréditaire des frères et sœurs, vocation qui ne disparaît que par leur renonciation, dont profitent les ascendants, et qui ne disparaît point s'ils ne renoncent pas. Au contraire, répond Demante, les

(1) Aubry et Rau, § 680, note 10; Laurent, t. XII, n° 26; Hean, *Revue prat.*, 1867, p. 465 et suiv.

(2) Cass. 22 mars 1869, D. 69, 1, 432; 24 fév. 1863, D. 63, 1, 121; Duranton, t. VIII, n°s 310, 311; Marcadé sur l'art. 1006; Demolombe, t. XIX, n° 122; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 418.

frères et sœurs exclus par un legs universel ne sont héritiers ni de fait ni de droit, car l'art. 1006 accorde la saisine au légataire universel. Donc, s'ils ne sont pas héritiers, les aïeuls le sont nécessairement à leur place (art. 746, 753), et ils peuvent agir en réduction contre le légataire universel, indépendamment de toute renonciation de la part des frères et sœurs (1).

Il faut du reste remarquer qu'en fait le système intermédiaire adopté par la jurisprudence se confond en réalité avec le premier que nous avons exposé. Il est inutile en effet de recourir toujours à des hypothèses de collusion frauduleuse entre l'ascendant et les frères ou sœurs. Ces derniers n'ayant aucun intérêt à poser un acte inutile resteront dans l'inaction et par conséquent ne renonceront pas. Les ascendants n'auront donc pas de réserve. Si au contraire les frères ou sœurs renoncent, comme ils n'y ont aucun intérêt ce ne peut être que par l'effet d'une collusion avec les ascendants, et alors elle vaudra acceptation si elle a été faite moyennant un prix (art. 780 *in fine*) ou elle pourra être annulée comme frauduleuse.

149. Les ascendants qui ont droit à la réserve sont les ascendants légitimes et les ascendants de l'enfant légitimé. Nous savons que l'adoptant ne succède pas à l'adopté ; quant aux père et mère naturels aucun texte ne leur accorde une réserve. La doctrine et la jurisprudence sont aujourd'hui en ce sens (2).

S'il s'agit d'un ascendant donateur venant à la succession avec d'autres ascendants, il reprendra les biens donnés comme héritier *ab intestat* si ces biens se retrouvent en nature dans la succession, car à leur égard il n'a pas de ré-

(1) Demante, t. IV, n° 50 *bis* VIII.

(2) Aubry et Rau, § 680, texte et note 4 ; Demante, t. IV, n° 51 ; Demolombe, t. XIX, n° 184 ; Laurent, t. XII, n° 53 ; Cass. 12 déc. 1865, S. 66, 1, 73 ; Bourges, 19 déc. 1871, S. 71, 2, 198.

serve (Voy. t. V, nº 84), et il aura droit à sa part dans la réserve au même titre que les autres ascendants sur les biens personnels du défunt. Les donataires entre-vifs ne pourront réclamer aucun droit sur les biens provenant de l'ascendant du donateur, puisque ces biens ne leur ont pas été donnés. Quant aux ascendants réservataires, ils n'ont droit que sur les biens personnels du défunt, sur les biens donnés ils sont exclus par l'ascendant donateur. Si ce dernier vient seul à la succession, il reprendra les biens donnés; ensuite on partagera les biens personnels entre l'ascendant qui prendra le quart à titre de réservataire, et les donataires ou légataires et finalement les collatéraux, s'il y a lieu, prendront les trois autres quarts.

150. La loi n'a accordé de réserve qu'aux descendants et aux ascendants; elle n'a pas voulu en accorder aux frères et sœurs, quoique cependant, au titre *des successions*, elle ait préféré ces derniers aux aïeuls; donc :

ART. 916. A défaut d'ascendants et de descendants, les libéralités par actes entre-vifs ou testamentaires pourront épuiser la totalité des biens (*).

La liberté de disposer reconnue par ce texte ne peut subir sur le territoire français aucune restriction par l'effet d'une loi étrangère qui accorderait une réserve à des parents qui n'appartiendraient pas à la classe des ascendants ou des descendants.

Par conséquent l'*exequatur* doit être refusé à toute décision émanée d'une juridiction étrangère, suisse par exemple, qui reconnaîtrait, conformément d'ailleurs à la législation en vigueur en Suisse, l'existence d'une réserve héréditaire au profit des frères et sœurs du *de cujus* (1).

La jurisprudence a en effet consacré la distinction tradi-

(*) Art. 916. — L. 14, 15, D. 5, 2, *De inoff. test.;* L. 27, C. 3, 38, *De inoff. test.;* Novell. 115, c. 4.

(1) Poitiers, 4 juill. 1887, S. 88, 2, 194.

tionnelle entre la succession immobilière et la succession mobilière.

Pour la succession immobilière, la réserve dépend de la loi de la situation des biens (1), et pour les meubles de la loi personnelle du défunt (2), ou de celle de son domicile légal. Ainsi, par exemple, s'il s'agit de la succession d'un Français décédé à l'étranger où il avait son domicile légal, c'est la loi étrangère qui, pour les valeurs mobilières, indiquera si les ascendants du *de cujus* ont droit à une réserve. Si cette loi n'accorde pas de réserve aux père et mère, ceux-ci ne peuvent critiquer les legs faits par le défunt à des sociétés de bienfaisance en France, en ce qui concerne les valeurs mobilières trouvées au domicile du défunt à l'étranger (3).

§ 4. — Comment le disposant peut régler le sort de la quotité disponible.

151. — Droits du disposant; des dispositions en usufruit, etc. Option appartenant aux réservataires, art. 917.
152. — Caractère exceptionnel de la décision de l'art. 917; conséquences.
153. — L'option appartenant aux réservataires n'est pas indivisible; son exercice se traduit par une sorte d'opération de partage ne donnant pas lieu à un droit de mutation.
154. — Aliénations faites par le disposant avec réserve d'usufruit, etc. — Présomption de libéralité dispensée de rapport, art. 918.
155. — Pour que cette présomption soit admise, l'aliénation doit d'abord présenter les caractères spéciaux indiqués par l'art. 918;
156. — Elle doit en outre avoir été faite au profit d'un successible.
157. — Effets de l'art. 918; l'acte envisagé est présumé être une libéralité, sans que la preuve contraire soit admise,
158. — Et cette libéralité est sujette à réduction.

(1) Cass. 4 avr. 1881, D. 81, 1, 381.

(2) Paris, 3 fév. 1838, *Droit* du 4 fév. 1838; Comp. Cass. 29 décembre 1832, S. 32, 1, 220.

(3) Pau, 22 juin 1885, *J. de Dr. int. pr.*, 1887, p. 611.

159. — La présomption résultant de l'art. 918 cesse à l'égard des successibles qui ont consenti à l'acte.
160. — Des dispositions faites par préciput, art. 919.
161. — Le disposant ayant le choix des biens peut déléguer ce choix au gratifié.
162. — Différences entre le préciput et l'avancement d'hoirie.

151. La quotité disponible et la réserve sont régies par des principes différents et quelquefois opposés.

La réserve étant une portion de la succession *ab intestat* est déférée directement aux réservataires par la volonté de la loi, sans que le *de cujus* ait pu modifier d'une manière quelconque le caractère pur et simple de cette dévolution.

La portion disponible est au contraire déférée par la volonté du *de cujus* qui, sauf à l'égard des questions de quotité, s'exerce librement et sans entraves.

C'est à ce pouvoir de libre disposition que se réfèrent les art. 917, 918 et 919 que nous allons expliquer.

D'abord le disposant peut, à son choix, donner la portion disponible en la constituant en pleine propriété ou bien en usufruit seulement, ou même en rente viagère. La seule difficulté que soulève une libéralité de ce genre est celle de savoir comment on pourra s'y prendre pour vérifier si la réserve n'est pas atteinte. Sans doute il n'est pas impossible de trouver la valeur approximative d'un droit d'usufruit par application des calculs de probabilité sur la durée de la vie humaine (Voy. t. IV, n° 165). Mais dans notre matière, le législateur a voulu éviter une évaluation toujours incertaine et a préféré emprunter à Lebrun (1), le procédé suivant :

ART. 917. Si la disposition par acte entre-vifs ou par testament est d'un usufruit ou d'une rente viagère dont la valeur excède la quotité disponible, les héritiers au profit desquels la loi fait une réserve, auront l'option, ou d'exécuter cette disposition, ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible.

(1) *Traité des succ.*, liv. III, ch. IV, n°s 5 et suiv.; Voy. POTHIER, *Donat. test.*, chap. IV, art. 2, § 1.

Ce droit d'option qui donne satisfaction à tous les intérêts, est subordonné, d'après le texte, à la condition que : « La valeur de la disposition excède la quotité disponible. » Si cette rédaction n'est pas la conséquence d'une inadvertance, elle a pour résultat de rendre nécessaire le calcul aléatoire qu'elle a voulu éviter. M. Laurent admet qu'il doit en être ainsi (1); mais selon l'opinion générale il faut entendre le texte en ce sens que l'héritier jouit du droit d'option dès que la disposition en usufruit ou en rente viagère *excède le revenu de la quotité disponible*, et entame par suite la jouissance de la réserve (2). Du moment qu'on s'écarte de la lettre du texte, autant vaut admettre que l'héritier à réserve a le droit absolu d'abandonner la propriété de la quotité disponible quand il croira de son intérêt d'agir ainsi (3).

152. Quoi qu'il en soit, il est certain que l'art. 917 conduit à ce résultat que la donation ou le legs d'une rente viagère ou d'un usufruit ne subissent pas une réduction, et que le réservataire peut abandonner le disponible sans avoir besoin d'agir en réduction. L'art. 917 contient donc une dérogation manifeste au droit commun; il ne peut donc pas recevoir d'application en dehors du cas qu'il a prévu.

De là il suit :

1° Qu'il n'est pas applicable à une donation déguisée sous la forme d'un bail, encore que ce bail se rapproche beaucoup de l'usufruit; l'héritier réservataire ne peut être contraint d'opter entre l'exécution du bail et l'abandon de la pleine propriété de la portion disponible (4);

2° Qu'il n'est pas davantage applicable à l'hypothèse où le défunt aurait fait une disposition en nue-propriété excédant

(1) T. XII, n° 152.

(2) Demante, t. IV, n° 55 *bis*, II; Demolombe, t. XIX, n° 442; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 421.

(3) Aubry et Rau, § 684 *bis*.

(4) Caen, 26 janv. 1880, D. 82, 2, 49.

la nue-propriété du disponible. Le réservataire ne peut en effet être rempli de ses droits au moyen d'un simple usufruit sur les biens de la succession (1);

Dans ce cas, si l'évaluation de la disposition en nue-propriété démontre que la réserve est entamée, le legs devra être réduit, et par suite l'héritier prendra en sus de l'usufruit de tous les biens la portion de nue-propriété retranchée au légataire;

3° Toute clause qui, dans le cas ci-dessus, tendrait à assurer l'observation de la disposition principale portant atteinte à la réserve, devrait être réputée non écrite (2);

4° Que l'art. 917 n'est pas applicable non plus au cas où la quotité disponible se trouve établie en usufruit aussi bien qu'en pleine propriété, spécialement au cas prévu par l'article 1094 (3).

Il convient de remarquer que, malgré les termes de l'art. 917, il existe encore des cas où, pour régler les droits des donataires ou légataires entre eux, il sera nécessaire de procéder à une évaluation de la donation ou du legs, soit d'usufruit, soit de rente viagère (art. 1970, 1973). C'est ce qui arrivera quand le *de cujus* ayant fait successivement donation à deux personnes différentes de droits d'usufruit, ou de rentes viagères, le réservataire au lieu d'exécuter l'une et l'autre donation abandonnera la pleine propriété de tout le disponible aux deux donataires. Dans ce cas et autres analogues, l'évaluation sera faite discrétionnairement par les tribunaux eu égard à l'âge et aux conditions de santé de l'usufruitier ou de celui sur la tête de qui la rente a été constituée.

(1) Cass. 6 mai 1878, D. 80, 1, 345; AUBRY et RAU, § 684 *bis;* LAURENT, t. XII, n° 158; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 422; *Contrà;* DEMOLOMBE, t. XIX, n°s 466 et suiv.; Angers, 15 fév. 1867, D. 67, 2, 32.

(2) Arrêt précité du 6 mai 1878; Voy. cep. TESTOUD, *Revue critique*, 1879, p. 1.

(3) Cass. 30 juin 1885, D. 86, 1, 255; Orléans, 15 mai 1879, D. 79, 2, 121.

153. Quand il y a plusieurs réservataires chacun d'eux peut exercer individuellement et à sa guise, l'option qui lui appartient pour sa part et portion. Le donataire ou légataire ne peut pas exiger qu'ils se mettent d'accord pour ne prendre qu'un parti unique, car l'option n'est pas indivisible.

Si le réservataire décède avant d'exercer son option, il transmet cette faculté à ses héritiers qui pourront l'exercer, chacun pour sa part, et dans le sens qu'il lui plaira d'adopter.

Cette faculté, envisagée en elle-même, n'est pas la mise en œuvre d'un droit contre un tiers. Pour ce motif, elle ne paraît pas pouvoir être exercée par les créanciers de celui qui en est investi (1).

Dans le droit pratique, l'exercice du droit d'option se traduit de la manière suivante : l'héritier tenu de la délivrance d'un legs d'usufruit se libère au moyen de l'abandon de la quotité disponible. Mais ce n'est pas une dation en paiement, car le légataire est obligé de recevoir ce qui lui est délivré, tandis que son consentement serait nécessaire s'il s'agissait d'une dation en paiement (art. 1243). C'est une opération qui a pour résultat final d'assigner à chacun sa part. Aussi la régie la considère comme une opération de partage, et ne perçoit un droit de mutation que dans les cas où une réduction étant possible, les héritiers ont, du consentement du légataire, transformé son droit d'usufruit en un droit de propriété (2).

154. Le *de cujus* au lieu de disposer directement de la quotité disponible par voie d'attribution d'usufruit ou de rente viagère, peut vouloir obtenir un résultat analogue en se servant du moyen à peu près inverse, c'est-à-dire en aliénant un bien soit avec réserve d'usufruit, soit à fonds perdu, soit à charge de rente viagère, dans des conditions en un

(1) Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, n° 93.
(2) Cass. 10 mars 1873, S. 74, 1, 17, et la note de M. G. Demante.

mot où le fonds, autrement dit le capital aliéné n'est pas remplacé dans le patrimoine d'où il est sorti par un autre fonds devant y rester et être transmis aux héritiers du disposant.

Les aliénations de cette nature quoique pouvant être faites à titre onéreux peuvent facilement servir à déguiser une libéralité. Aussi la loi du 17 nivôse an II qui ne permettait pas d'avantager un successible par une disposition préciputaire, avait-elle défendu, entre parents, les aliénations de ce genre : « Toutes donations, portait l'art. 26 de cette loi, à charge de rente viagère ou ventes à fonds perdu en ligne directe ou collatérale à l'un des héritiers présomptifs ou à ses descendants sont interdites, à moins que les parents du degré de l'acquéreur ou de degrés plus prochains n'y interviennent et n'y consentent. »

Le Code permettant au contraire d'avantager l'un des héritiers, s'est borné, pour empêcher de dépasser les limites mises à la quotité disponible, à prendre les précautions suivantes :

ART. 918. La valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit, à l'un des successibles en ligne directe, sera imputée sur la portion disponible; et l'excédent, s'il y en a, *sera rapporté* à la masse. Cette imputation *et ce rapport* ne pourront être demandés par ceux des autres successibles en ligne directe qui auraient consenti à ces aliénations, ni, dans aucun cas, par les successibles en ligne collatérale.

Cette solution repose sur une double présomption :

1° Que l'aliénation dont il s'agit, quand même elle paraîtrait résulter d'un contrat à titre onéreux, cache en réalité une libéralité;

2° Que le disposant a entendu dispenser cette libéralité du rapport.

C'est donc seulement lorsque le disponible est dépassé qu'il y a lieu, non pas au rapport, comme le dit improprement le texte, mais à la *réduction* de l'excédent.

Pour qu'il y ait lieu d'appliquer la double présomption ci-dessus indiquée, il faut :

1° Que l'aliénation envisagée ait eu lieu soit à fonds perdu, soit avec réserve d'usufruit ;

2° Qu'elle ait été consentie au profit d'un successible en ligne directe.

155. Il faut d'abord que l'aliénation ait été faite soit à fonds perdu, soit avec réserve d'usufruit, sans qu'il y ait à distinguer si elle a été réalisée à l'aide d'un contrat à titre onéreux quelconque, ou à l'aide d'un contrat à titre gratuit. Ainsi, par exemple, la stipulation d'une rente viagère, variété de l'aliénation à fonds perdu, n'est pas plus sérieuse dans une donation que dans une vente, puisqu'on suppose, dans tous les cas, que les arrérages ne sont pas payés (1). Il en serait de même au cas où les biens vendus à charge de rente viagère étaient indivis entre le père vendeur et le successible acquéreur. La circonstance que l'aliénation aurait eu lieu dans un acte de partage ne saurait modifier les droits des successibles étrangers à cet acte (2).

Si l'aliénation est faite tout à la fois moyennant une rente viagère et un prix fixé en capital, il faut y voir une opération mixte. C'est une aliénation faite en partie moyennant un capital, donc à titre onéreux, et en partie à fonds perdu; pour cette dernière partie l'art. 918 est applicable (3). Il en sera de même lorsque l'acheteur ne s'est réservé la jouissance que d'une partie des biens aliénés (4).

Lorsque l'aliénation est faite à fonds perdu, il importe peu

(1) Demante, t. IV, n° 56 *bis*, III; Aubry et Rau, § 684 *ter*, note 9; Demolombe, t. XIX, n° 506; Laurent, t. XII, n° 122; Douai, 30 décembre 1843, D. 48, 2, 192; Trib. Liège, 28 juill. 1887, *Pas.*, 88, 3, 30.

(2) Liège, 11 janv. 1860, *Pas.*, 62, 2, 379.

(3) Aubry et Rau, § 684 *ter*, texte et note 18, 19, 20; Demolombe, t. XIX, n° 502; Laurent, t. XII, n° 123; Cass. 13 fév. 1861, D. 61, 1, 369; Angers, 13 août 1879, D. 80, 2, 157; Liège, 11 janv. 1860, *Pas.*, 62, 2, 379.

(4) Aubry et Rau, § 684 *ter;* Demolombe, t. XIX, n° 503; Laurent, t. XII, n° 124; Cass. 6 juin 1865, D. 66, 1, 445.

que la rente viagère soit établie au profit d'un tiers. L'art. 918 ne distingue pas, et la fraude qu'il a pour but d'éviter est aussi facile dans ce cas que lorsque le droit viager a été stipulé au profit de l'aliénateur lui-même (1).

Le contrat intervenu entre le *de cujus* et l'un des successibles doit être précisément l'un de ceux qui sont limitativement prévus par l'art. 918 lequel ne saurait, à ce point de vue, recevoir aucune extension, notamment au cas où l'aliénation serait faite avec réserve d'un droit d'usage ou d'habitation. Ainsi la vente faite par un ascendant à un successible de plusieurs parcelles de terre et d'une maison, sous la réserve par le vendeur d'habiter la maison concurremment avec les acheteurs, ne saurait être considérée comme une vente sous réserve d'usufruit dans le sens de l'art. 918 (2).

156. Il faut encore, avons-nous dit, pour que cet art. 918 soit applicable, que l'aliénation ait été consentie au profit d'un *successible* en ligne directe.

Si l'aliénation est consentie à un collatéral, la présomption de libéralité n'existe plus; elle est un contrat à titre onéreux. On rentre donc dans le droit commun, sauf aux réservataires à prouver directement que cette aliénation déguise une libéralité devant s'imputer sur le disponible, et à la faire réduire.

L'expression *successible*, dans l'art. 918, est synonyme d'héritier présomptif. Si le contrat était passé avec un parent non héritier présomptif au moment de l'acte, bien que venant ensuite à la succession, l'art. 918 ne serait pas applicable. A l'inverse l'aliénation faite au profit d'un enfant héritier présomptif au moment de l'acte, demeurerait soumise à l'application de cet article, nonobstant sa renonciation à la succession du disposant (3).

(1) Aubry et Rau, § 684 *ter*, texte et note 17; Demante, t. IV, n° 56 *bis* IV; Demolombe, t. XIX, n° 501; Laurent, t. XII, n° 125.

(2) Cass. 14 janv. 1884, D. 84, 1, 253.

(3) Angers, 13 août 1879, D. 80, 2, 157; Paris, 2 fév. 1881, S. 81,

Les présomptions d'interposition de personnes établies pour les cas d'incapacité de recevoir ne sont pas applicables aux cas prévus par l'art. 918 dans lesquels il s'agit seulement d'indisponibilité. Pour que cet article puisse être appliqué, il faut que l'aliénation soit faite directement au profit du successible lui-même. Ainsi une aliénation de sommes d'argent faite à charge de rente viagère ou à fonds perdu au profit d'un futur gendre et de sa future épouse par les père et mère de celle-ci, ne constitue point, quant à la part du futur gendre, un don à titre gratuit fait au profit d'un successible en ligne directe, et la circonstance que l'aliénation de cette part a été faite en vue du mariage qui a suivi, ne suffit pas pour faire décider qu'il y a eu donation indirecte au profit de la future épouse (1).

157. Quand les diverses conditions que nous venons d'étudier se trouvent réunies, l'art. 918 doit produire son effet.

Or, quel est en réalité l'effet que cet article est destiné à procurer?

On dit généralement que, dans les cas où l'art. 918 est reconnu applicable, il y a présomption légale que l'opération envisagée déguise une libéralité. Or, ajoute-t-on, c'est cette opération que la loi annule, *en tant que contrat à titre onéreux;* donc, par application de l'art. 1352, le successible ne saurait être admis à prouver que, contrairement à la présomption de la loi, l'aliénation consentie à son profit est bien réellement à titre onéreux (2).

Ainsi présentée, la solution proposée soulève une forte objection; il est certain en effet que l'art. 918 ne prononce

2, 112; LABBÉ, *Revue critique*, 1882, p. 362; AUBRY et RAU, § 684 *ter*, texte et note 16; DEMANTE, t. IV, n° 56 *bis* VI; LAURENT, t. XII, n° 127; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 424, note 1; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XIX, n° 510.

(1) Trib. Gand, 2 janv. 1884, *B. J.*, 84, 445.

(2) AUBRY et RAU, § 684 *ter;* DEMANTE, t. IV, n° 56, *bis* VIII; DURANTON, t. VII, n° 331; DEMOLOMBE, t. XIX, n° 517.

en aucune façon la nullité de l'aliénation; il transforme seulement en libéralité l'acte duquel elle découle. Mais faut-il conclure de là, comme le fait M. Laurent, que l'acte étant maintenu, il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 1352, et qu'il faut rester dans la règle générale qui admet la preuve contraire (1)? Nous ne le pensons pas; le législateur en refusant de sanctionner l'acte envisagé, en tant qu'il constituerait un acte à titre onéreux, et en accordant, *de plano*, l'action en réduction aux réservataires, refuse positivement l'action en justice qui devrait protéger cet acte s'il était à titre onéreux; or, d'après l'art. 1352, la preuve contraire à la présomption de la loi n'est pas admise, quand, sur le fondement de cette présomption, l'action en justice est refusée.

Aussi, d'après la jurisprudence et la majorité des auteurs, l'action en justice devrait même être refusée à l'acquéreur qui demanderait à prouver qu'il a payé des arrérages et à répéter ce qu'il aurait payé. Cette solution s'impose; du moment que l'acte est considéré comme une libéralité, et que cette présomption n'admet pas la preuve contraire, il n'est pas possible qu'on soit reçu à prouver des actes d'exécution qui, s'ils étaient établis, donneraient au contrat un caractère onéreux.

158. D'après les termes mêmes de l'art. 918, *la valeur* des biens aliénés *sera imputée* sur le disponible, et l'excédent *sera rapporté à la masse*. Il ne s'agit donc pas du rapport en nature de la chose même qui a été donnée. Les termes du texte ne se réfèrent pas au rapport successoral régi par les art. 843 et suiv.; il s'agit d'une véritable réduction devant s'opérer d'après les règles de l'art. 922. Si le disponible était déjà épuisé par des donations antérieures au moment où l'aliénation est effectuée, la donation tout entière serait su-

(1) Laurent, t. XII, n° 130; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 425; Cass. 19 août 1847, D. 48, 1, 202.

jette à rapport ou à réduction, mais l'aliénation n'en serait pas moins maintenue, le rapport se ferait en moins prenant (1).

159. La présomption résultant de l'art. 918 ne peut recevoir d'application, d'après le texte même, que si l'aliénation est faite au profit d'un des successibles, et non quand elle est faite au profit de tous les successibles (2). Mais la loi va plus loin, quand l'aliénation est faite au profit seulement d'un ou de quelques-uns des successibles, elle autorise les autres successibles à intervenir pour donner leur consentement à l'aliénation et reconnaître ainsi qu'elle est sincère. Cette approbation donnée dans une forme quelconque, peut accompagner, précéder ou suivre l'aliénation. Ce pacte sur succession future, exceptionnellement autorisé, rend les successibles intervenants, irrecevables à critiquer plus tard l'aliénation. Mais chacun agit pour soi seulement, sans pouvoir représenter les autres intéressés. Donc, si quelques-uns des successibles n'ont pas donné leur adhésion, pour une cause quelconque, à l'aliénation réalisée, ils auront toujours le droit de se prévaloir de l'art. 918 sans qu'on puisse leur opposer le consentement donné par les autres. Il en sera ainsi notamment pour l'enfant légitime qui sera survenu depuis l'aliénation consentie, ou pour l'enfant naturel qui aura été reconnu depuis la même époque (3).

La valeur des biens aliénés dans les conditions prévues par l'art. 918 devra être imputée sur le disponible, et l'excédent rapporté à la masse, en s'attachant, pour fixer la valeur, à

(1) DEMANTE, t. IV, n° 56 *bis*, VII; DEMOLOMBE, t. XIX, n°s 520 et suiv.; LAURENT, t. XII, n° 129; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 684 *ter*, texte et note 24.

(2) Liège, 20 juill. 1887, *Pas.*, 88, 2, 84.

(3) AUBRY et RAU, § 684 *ter*; DEMOLOMBE, t. XIX, n° 527; LAURENT, t. XII, n° 131; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 426; Cass. 25 nov. 1839, D. *Répert.*, v° *Dispositions*, n° 1007; Angers, 29 nov. 1847, D. 48, 2, 40; Liège, 11 janv. 1860, *Pas.*, 62, 2, 379; *Contrà*, TOULLIER, t. III, n° 132; MARCADÉ, sur l'art. 918; DEMANTE, t. IV, n° 56 *bis* X.

l'époque de l'ouverture de la succession. Si les biens aliénés avaient péri par cas fortuit dans l'intervalle de l'aliénation à l'époque de l'ouverture de la succession, il n'y aurait lieu à aucune imputation ni à rapport.

160. Dans les hypothèses visées par l'art. 918, il s'agissait de dispositions équivoques adressées à un successible et considérées, par suite d'une présomption légale, comme constituant des libéralités dispensées de rapport.

Or, une situation analogue peut se produire ouvertement, ostensiblement, en dehors de toute présomption légale :

> ART. 919. La quotité disponible pourra être donnée en tout ou en partie, soit par acte entre-vifs, soit par testament, aux enfants ou autres successibles du donateur, sans être sujette au rapport par le donataire ou le légataire venant à la succession, pourvu que la disposition ait été faite expressément à titre de préciput ou hors part. — La déclaration que le don ou le legs est à titre de préciput ou hors part, pourra être faite, soit par l'acte qui contiendra la disposition, soit postérieurement dans la forme des dispositions entre-vifs ou testamentaires.

Il était nécessaire que le législateur s'expliquât sur ce point, parce que la loi du 17 nivôse an II, art. 15, interdisait toute disposition préciputaire au profit d'un successible.

On comprend tout de suite que le disposant puisse, par testament, « léguer sa quotité disponible ». Mais il n'est pas possible d'imaginer comment cette formule abstraite pourrait être employée dans une donation entre-vifs, qui ne peut avoir pour objet que des biens présents (art. 943). Aussi le texte signifie simplement que l'on peut faire des donations entre-vifs dans les limites de la quotité disponible.

La loi permet donc de donner la quotité disponible à un ou à plusieurs des héritiers. Mais pour que les héritiers puissent cumuler les libéralités qu'ils ont reçues du défunt avec leur part héréditaire, il faut que les dons ou legs soient faits par préciput ou hors part. Nous avons examiné plus haut, à l'occasion de l'art. 843 (Voy. t. V, n°s 338 et suiv.) quand et comment une libéralité était faite par préciput.

161. Le disposant a le choix des biens qui doivent entrer

dans sa libéralité en tant qu'elle porte sur le disponible. La jurisprudence lui permet de déléguer ce choix à celui qu'il entend gratifier, sous la seule restriction que ce droit d'option ne dégénère pas en abus (1). Il ne doit pas être exercé, en effet, de manière à compromettre la formation équitable des lots, ou à déprécier la portion indisponible. Ce droit d'option ne saurait d'ailleurs être considéré comme constituant en soi un avantage réel spécial (2) (Comp. t. V, nº 302).

Il en est autrement quand il s'agit de la réserve. C'est la volonté seule de la loi qui domine la composition des lots. La disposition testamentaire qui attribuerait à l'un des réservataires le choix des biens devant composer sa part dans la réserve serait donc nulle (3). Le disposant qui voudrait régler lui-même le sort de la réserve, ne pourra le faire que par le procédé du partage d'ascendant, en se conformant d'ailleurs aux principes généraux en matière de partage.

162. Le don ou legs fait par le *de cujus*, à l'un de ses successibles produit des effets différents suivant qu'il y a eu ou qu'il n'y a pas eu clause de préciput.

En l'absence de clause de préciput, il y a simple avancement d'hoirie; le donataire devra le rapport, s'il accepte la succession (art. 843); s'il y renonce, il aura le droit de conserver le don, ou de réclamer le legs dans les limites de la quotité disponible (art. 845).

Les donations en avancement d'hoirie sont d'ailleurs irrévocables, et le donateur ne peut y porter atteinte par des dispositions ultérieures (4).

Ces donations, quand elles n'entament pas la réserve des

(1) Cass. 29 juill. 1890, D. 91, 1, 28; Pau, 3 déc. 1883, D. 85, 2, 85; *Contrà*, Chambéry, 3 juill. 1889, S. 89, 2, 220.

(2) Liège, 14 mars 1846, *Pas.*, 46, 2, 180; *Contrà*, Chambéry, 17 janv. 1865, D. 65, 2, 217; Voy. LAURENT, t. XII, nº 148.

(3) Orléans, 5 juill. 1889, S. 91, 1, 5.

(4) Agen, 31 décembre 1879, D. 80, 2, 217.

autres héritiers, doivent s'imputer sur la réserve de l'enfant donataire, et subsidiairement sur la quotité disponible qui se trouve ainsi réduite de tout ce dont la donation excède cette réserve (1).

Le donataire en avancement d'hoirie prélève cet excédent de préférence à son cohéritier légataire par préciput de la quotité disponible, et il a le droit de garder la valeur ainsi prélevée, sans être tenu d'en faire rapport à la masse et de la partager avec ses cohéritiers préciputaires ou non (2).

Si le don ou le legs a été fait par préciput, le successible gratifié en prélèvera le montant sur la masse à partager dans les limites du disponible, et prendra part, avec les autres successibles, au partage du surplus. S'il renonce il pourra seulement retenir la libéralité à concurrence de sa part dans le disponible.

La dispense de rapport, quand elle sera postérieure à la libéralité, sera faite dans l'une des deux formes indiquées par la disposition finale de l'art. 919. Si le disposant choisit la forme testamentaire, la dispense de rapport sera révocable, alors même qu'elle s'appliquerait à une donation entre-vifs (3). — Mais la clause de préciput tout en venant ainsi modifier la nature de la libéralité, ne pourra porter aucune atteinte aux droits acquis par le premier acte.

SECTION II.

De la réduction des donations et legs.

§ 1er. — De la demande en réduction. — Composition de la masse. — Estimation des biens. — Imputations.

163. — A qui appartient le droit de demander la réduction, art. 920 et 921.

(1) Cass. 31 mars 1885, D. 88, 5, 372; Pau, 8 mars 1886, D. 86, 2, 252; Comp. Cass. Belge, 30 janv. 1845; *Pas.*, 45, 1, 235.

(2) Arrêts précités.

(3) Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 420.

164. — La réduction ne peut être demandée qu'après l'ouverture de la succession du disposant, sans qu'il puisse être question des mesures conservatoires avant cette époque.
165. — De la preuve à faire par le demandeur.
166. — Composition de la masse sur laquelle doit être calculée la quotité disponible, art. 922.
167. — Cette masse doit comprendre : 1° les biens existants au moment du décès du *de cujus;* énumération;
168. — 2° Tous les biens donnés entre-vifs;
169. — Même par simple avancement d'hoirie, et sur la demande des donataires ou légataires.
170. — Les avantages soumis à ce rapport fictif sont, en principe, les mêmes que ceux qui étaient soumis au rapport réel.
171. — Estimation des biens, immeubles ou meubles.
172. — Déduction des dettes.
173. — Imputations à faire, soit sur la quotité disponible, soit sur la réserve.

163. La quotité de la portion disponible ne peut être déterminée qu'à la mort du disposant. La question de savoir quel sera le droit des héritiers réservataires dans le cas où la quotité disponible ayant été dépassée, leur réserve se trouve entamée, est réglée par les articles suivants qui servent de sanction aux art. 913 à 919 :

ART. 920. Les dispositions soit entre-vifs, soit à cause de mort, qui excéderont la quotité disponible, seront réductibles à cette quotité lors de l'ouverture de la succession.

ART. 921. La réduction des dispositions entre-vifs ne pourra être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayants-cause : les donataires, les légataires, ni les créanciers du défunt, ne pourront demander cette réduction, ni en profiter.

La loi accorde donc aux réservataires en général, parents légitimes ou enfants naturels, ainsi qu'à leurs ayants-cause, le droit de demander la *réduction* ou le *retranchement* des libéralités portant atteinte à la réserve, droit qu'ils peuvent faire valoir individuellement et dans la mesure de leur part héréditaire soit par voie d'action, soit par voie d'exception.

Ce droit peut d'abord être exercé par les réservataires eux-mêmes directement, soit qu'ils aient accepté la succession purement et simplement, soit qu'ils l'aient accepté sous

bénéfice d'inventaire (1); ils agissent alors de leur chef, en vertu d'un droit qui leur est propre, et non comme représentants du défunt (2). L'exercice de ce droit ne peut jamais donner ouverture contre eux, pris comme représentants de leur auteur, à une action quelconque en garantie (3).

Ce droit faisant partie du patrimoine du sujet investi, est transmissible aux héritiers de ce dernier (art. 724) ainsi qu'à ses légataires; il est cessible soit envisagé en lui-même, soit confondu dans la masse des droits successifs du sujet, enfin il peut être exercé par les créanciers de ce dernier en vertu de l'art. 1166.

Quant aux donataires et légataires du défunt, il est évident qu'ils ne peuvent pas demander la réduction ni en profiter. Il en est de même des créanciers personnels du défunt. Néanmoins si l'héritier accepte la succession purement et simplement, les créanciers du défunt devenant ainsi créanciers personnels de l'héritier pourront, en cette qualité, demander la réduction.

164. L'action en réduction ne peut être mise en mouvement qu'après l'ouverture de la succession du disposant. Jusqu'à ce moment le réservataire n'est investi d'aucun droit, même conditionnel; il a une simple expectative qui ne saurait servir de base à une mesure conservatoire quelconque (4). Demolombe a soutenu, il est vrai, que dans un cas où le père a donné ses immeubles sous la forme d'une vente, afin que le donataire puisse les convertir en argent en traitant avec des tiers de bonne foi, l'enfant dont la réserve est manifestement en péril peut être autorisé à prendre une inscription hypothécaire sur les immeubles du prétendu acquéreur jusqu'à

(1) Cass. 10 mars 1878, D. 78, 1, 218.
(2) Cass. 6 mars 1867, D. 68, 1, 70.
(3) Cass. 28 oct. 1890, D. 91, 1, 76.
(4) Aubry et Rau, § 683, texte et note 6; Demante, t. IV, n° 67 *bis* IX; Laurent, t. XII, n° 143.

concurrence d'une somme arbitrée par les juges (1). Nous aimons à croire qu'on ne trouverait pas de juges disposés à accueillir une aussi incroyable prétention!

Il faut donc que le réservataire, quelle que soit la gravité des actes qui menacent la réalisation de ses *espérances*, attende l'ouverture de la succession pour vérifier si les libéralités faites par le défunt ont dépassé la quotité disponible, et s'il lui est permis d'en demander la réduction. Il y a lieu, néanmoins, de faire une importante précision en ce qui concerne les partages d'ascendants.

Nous verrons plus tard que les partages d'ascendants faits cumulativement par les père et mère, et dont l'impossibilité est constatée, ne peuvent être attaqués pour atteinte à la réserve qu'après la mort du dernier vivant des père et mère, lorsque les enfants ont accepté la succession du premier décédé. Mais il en est autrement lorsque les uns renoncent à cette succession tandis que les autres l'acceptent. En ce cas les héritiers acceptants ont le droit d'agir immédiatement en réduction contre les renonçants, ceux-ci étant désormais de simples donataires ou légataires, et ne pouvant retenir le legs à eux fait que dans les limites de la quotité disponible (2).

165. Le réservataire demandeur en réduction doit justifier que les biens existants dans la succession ne suffisent pas pour le remplir de sa réserve. La loi ne prescrivant pas d'inventaire (3) la preuve demeure régie par le droit commun (4). Mais si le demandeur n'est pas tenu de faire inventaire, il pourra néanmoins recourir à ce procédé pour établir la consistance du mobilier, et il y aura d'autant plus intérêt que l'admissibilité de la preuve par commune renommée est fort contes-

(1) T. XIX, n° 200.
(2) Cass. 25 fév. 1890, D. 91, 1, 345.
(3) Cass. 19 mars 1878, D. 78, 1, 128.
(4) Cass. 27 mai 1887, S. 89, 1, 42; Cass. Belge, S. 89, 4, 21.

table et que si la consistance du mobilier n'est pas établie, la demande en réduction devient irrecevable quant au fond (1).

Au fond, il devra démontrer : d'abord quelle est la quotité de biens dont le défunt pouvait disposer, et ensuite que les dispositions faites par ce dernier ont dépassé cette quotité.

166. Pour atteindre ce but, la première opération à faire consistera dans la composition de la masse des biens sur laquelle doit être calculé le montant de la quotité disponible et celui de la réserve.

ART. 922. La réduction se détermine en formant une masse de tous les biens existants au décès du donateur ou testateur. On y réunit fictivement ceux dont il a été disposé par donations entre-vifs, d'après leur état à l'époque des donations et leur valeur au temps du décès du donateur. On calcule sur tous ces biens, après en avoir déduit les dettes, quelle est, eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse, la quotité dont il a pu disposer.

Le bon sens pratique commande de ne suivre à la lettre l'ordre des opérations indiquées au texte que dans le cas où le défunt a laissé un actif égal ou supérieur à son passif. Si le passif est au contraire supérieur à l'actif, au lieu de déduire les dettes de la masse totale, on devra les déduire simplement de la masse des biens existants au moment du décès, c'est-à-dire qu'on abandonnera aux créanciers la succession qui est leur gage. La réserve se calculera donc alors exclusivement sur la masse des biens donnés entre-vifs; différemment on arriverait à des résultats inadmissibles. Tout le monde est d'accord sur ce point qu'il convenait de mettre d'abord en relief (2).

La masse se composera donc :

1° Des biens existants au moment du décès du *de cujus ;*

2° Des biens par lui donnés entre-vifs.

167. La première catégorie comprend tous les biens meu-

(1) LAURENT, t. XII, n° 138.

(2) AUBRY et RAU, § 684 ; DEMANTE, t. IV, n° 60 *bis*, IV ; DEMOLOMBE, t. XIX, n° 397 ; LAURENT, t. XII, n° 102 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 438.

bles ou immeubles corporels ou incorporels, laissés par le donateur ou testateur, sans excepter ceux dont il n'a disposé que par testament ou par donations de biens à venir. C'est le cas d'appliquer la formule générale de la transmissibilité qui s'étend à toutes les facultés ainsi qu'aux biens, droits et actions existant dans le patrimoine du sujet avec un caractère non viager et appréciable en argent (Voy. t. V, n° 34 *bis*) (1).

Il faudra aussi comprendre dans cette catégorie, les valeurs que le défunt avait eu l'intention de donner mais qui n'ont pu régulièrement entrer dans le patrimoine de celui qui les a reçues. Ainsi, celui qui reçoit après le décès du donateur la somme qu'un tiers a été chargé de lui remettre, ne peut, faute de tradition et d'acceptation accomplies du vivant de ce donateur, être considéré comme un donataire, et la somme par lui appréhendée ne faisant pas partie des biens donnés doit être comprise dans l'actif de la succession (1).

Il faudra encore faire figurer dans les éléments appréciables existants au moment du décès dans le patrimoine du *de cujus :*

La propriété des œuvres littéraires, scientifiques, artistiques ou industrielles, ainsi que des brevets d'invention, pourvu que les droits privatifs concernant ces éléments particuliers aient été conservés conformément aux lois spéciales qui les régissent;

Le droit de présentation attaché à un office ministériel;

L'achalandage d'un fonds de commerce;

L'intérêt dans une société devant continuer après le décès (art. 1868), etc.

Néanmoins les portraits de famille, médailles d'honneur, insignes, décorations, papiers de famille, etc., ne sont pas considérés comme ayant une valeur de nature à influer sur le montant de la quotité disponible.

(1) Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, n° 70.
(2) Cass. 11 janv. 1882, D. 82, 1, 313.

Il faut en dire autant d'un tombeau de famille (1).

Les créances doivent également figurer dans la masse, même celles dont le *de cujus* était investi vis-à-vis de l'héritier réservataire et alors même que ce dernier ne serait pas bénéficiaire. La confusion qui met obstacle à la poursuite, ne détruit pas la valeur de la créance comme élément du patrimoine.

Il en sera autrement des créances irrecouvrables ou douteuses, à moins que les intéressés soient d'accord pour évaluer ces dernières à forfait, ou que les donataires ou légataires menacés de réduction ne donnent caution pour en garantir le recouvrement.

Remarquons enfin que les fruits et intérêts produits par les biens du défunt depuis l'ouverture de la succession ne doivent pas entrer dans la masse pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible (2).

168. La deuxième catégorie des biens à réunir à la masse comprend les biens donnés entre-vifs.

Il s'agit de tous les biens donnés entre-vifs quelle que soit la manière dont la donation aura été faite, directement ou indirectement, par contrat de mariage ou autrement, ou suivant la combinaison prévue par l'art. 918.

Il faudra donc commencer par dégager le caractère à titre gratuit de l'opération envisagée. Il pourra sur ce point s'élever des difficultés, car il y a des actes dont le caractère est douteux.

Ainsi que faudra-t-il décider quant au bénéfice résultant d'une assurance stipulée par deux époux, moyennant une prime unique, au profit du survivant d'entre eux?

Le contrat est à titre onéreux entre les assurés et l'assureur, cela n'est pas douteux; mais l'est-il également pour

(1) Cass. 7 avr. 1857, D. 57, 1, 311; Comp. LAURENT, t. XII, n° 59.
(2) Pau, 3 mars 1886, D. 86, 2, 252.

les époux entre eux? Sur ce point la jurisprudence est hésitante.

La Cour de Rennes a pensé que l'opération constituait un contrat à titre onéreux et que les héritiers réservataires du conjoint prédécédé ne pouvaient pas demander la réduction (1).

La Cour de Douai a vu dans la même opération des conventions aléatoires, c'est-à-dire intéressées de part et d'autre (2).

Mais la Cour de cassation y a vu au contraire deux libéralités conditionnelles (3). Si cette dernière opinion, que nous aurons à examiner plus tard, devait prévaloir, le montant de l'assurance devrait être réuni à la masse.

Il en sera de même des dons manuels ou déguisés; le réservataire pourra établir leur existence par tous les moyens de preuve, interrogatoire sur faits et articles, papiers domestiques, etc. (4).

169. Il importe peu que la donation ait été faite à des étrangers ou à des héritiers, et dans ce dernier cas qu'elle ait eu lieu avec clause de préciput, ou par un simple avancement d'hoirie.

Il y a eu néanmoins une controverse sur ce dernier point.

On a d'abord soutenu que les donataires entre-vifs, et les légataires n'avaient pas le droit de demander la réunion fictive des biens donnés à un successible par avancement d'hoirie. C'était, disait-on, demander le rapport, contrairement à l'art. 857. Les premiers arrêts intervenus sur la composition de la quotité disponible jugeaient que la réunion fictive devait avoir lieu uniquement lorsque les dons et legs paraissant excessifs, la réduction en était demandée par des héritiers à réserve.

On décidait, en conséquence, que le successible légataire

(1) Rennes, 9 fév. 1888, S. 89, 2, 121, note de M. Labbé.
(2) Douai, 11 janv. 1876, S. 77, 2, 33.
(3) Cass. 28 mars 1877, S. 77, 1, 393.
(4) Caen, 28 mai 1879, D. 80, 2, 49.

par préciput de la quotité disponible, ne pouvait exiger de ses cohéritiers le rapport fictif de leurs avancements d'hoirie, pour calculer la valeur de son legs, et que les biens existants au décès devaient seuls servir à déterminer l'étendue de la libéralité. La Cour de cassation allait jusqu'à déclarer ce mode de supputation obligatoire, alors même que le testateur aurait manifesté expressément une intention contraire (1).

Mais par un arrêt rendu le 8 juillet 1826 (Saint-Arroman), toutes Chambres réunies (2), la Cour de cassation, abandonnant sa jurisprudence, consacra avec raison la doctrine opposée. Elle déclara que l'art. 922 étant la seule disposition du Code où le mode d'évaluation de la quotité disponible se trouvât indiqué, il fallait nécessairement y recourir dans tous les cas, malgré la rubrique limitative de la section dans laquelle ce texte était placé. L'arrêt ajoutait que l'art. 857 n'avait rien de contraire à cette interprétation; que le rapport dont il prohibait l'application était le rapport réel et non le rapport fictif. Le premier aurait seul porté atteinte à l'irrévocabilité des dons antérieurs; le deuxième les laisse subsister intégralement en ne permettant d'exécuter que sur les biens existants au décès, les dispositions concernant la quotité disponible calculée sur la masse entière. Cette solution n'est plus aujourd'hui contestée (3).

170. On est généralement d'accord pour reconnaître que les mêmes avantages qui doivent être rapportés à la succession entre cohéritiers, doivent être réunis fictivement aux biens existants pour la composition de la masse sur laquelle doit être calculée la quotité disponible. Ainsi le bénéfice d'une

(1) Voy. LESPINASSE, *Du rapport fictif*, *Revue critique*, 1879, p. 709 et suiv.

(2) D. 1826, 2, 314.

(3) Cass. 29 janv. 1890, S. 90, 1, 335 et les renvois; AUBRY et RAU, § 630, texte et notes 12 et 13; DEMANTE, t. III, n° 192 *bis*, II; DEMOLOMBE, t. XVI, n°s 290 et suiv.; LAURENT, t. XII, n°s 76 et suiv.; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 437.

assurance sur la vie faite par un père au profit de ses enfants, quoique appartenant à ces derniers *jure proprio* dès le jour de l'assurance, résulte néanmoins d'une libéralité sujette à rapport, comme nous l'avons déjà vu (t. V, n° 351); en conséquence la somme assurée devra être fictivement réunie aux biens de la succession pour le calcul de la quotité disponible (1).

Cette règle comporte néanmoins certaines exceptions : il faut, d'après Demolombe « décider que tous les avantages que le défunt aurait fait seulement aux dépens de ses *revenus* ne sont pas soumis à l'application de l'art. 922..... Mais, ajoute-t-il, nous n'appliquons toutefois l'art. 852 qu'en tant que les diverses dépenses qu'il mentionne auraient été, en effet, acquittées par le *de cujus* sur ses revenus. — Si donc il était constaté, en fait, qu'il a prélevé, au contraire, ces dépenses sur son capital, il y aurait lieu, suivant nous, de soumettre ces sortes d'avantages, comme tous les autres, à l'application de l'art. 922... Car le *de cujus* ne peut pas dispenser le donataire de la réduction, ni grossir le chiffre de sa quotité disponible (2). » Dans un sens opposé, il a été jugé qu'il fallait soumettre au rapport fictif toutes les libéralités sans exception, prises sur les revenus aussi bien que sur le capital, à l'exception des dons pouvant être considérés comme des actes de bienfaisance (3).

Nous avons déjà critiqué la distinction admise, en matière de rapport réel, entre les dépenses effectuées sur les *revenus* et celles qui sont faites sur le *capital* (Voy. t. V, n°s 351 et 354). Il vaut mieux, croyons-nous, distinguer entre les dépenses *ordinaires* et celles qui n'ont pas ce caractère. Mais pour le rapport fictif, nous adoptons la solution donnée

(1) Cass. 8 fév. 1888, D. 88, 1, 193; Amiens, 31 janv. 1889, D. 91, 2, 9; LAURENT, t. XII, n° 88.

(2) T. XIX, n°s 313 et 314.

(3) Caen, 28 mai 1879, D. 80, 2, 49; et sur pourvoi, Cass. 11 janv. 1882, D. 82, 1, 313.

par Demolombe, car les dépenses qu'il envisage cessent d'être des dépenses ordinaires quand il a fallu entamer le capital pour les effectuer. Par conséquent les dépenses prévues par l'art. 852 et qui ne sont jamais rapportables quand même elles auraient été prises sur le capital, devront néanmoins, dans ce cas, être fictivement réunies à la masse pour calculer la quotité disponible (Voy. t. V, n° 356).

La réunion dont il s'agit a lieu d'une manière fictive, et est quelquefois désignée sous le nom de rapport fictif. Elle a uniquement pour but de fournir les éléments d'un calcul à faire ; les donations émanées du défunt ne reçoivent encore aucune atteinte. Demeurent en dehors de la masse tous les biens sortis du patrimoine du défunt en vertu d'une aliénation à titre onéreux, ou d'une aliénation jugée telle, après contestation, par une appréciation souveraine des juges du fond (1). Les biens dont il s'agit ont été remplacés dans le patrimoine du défunt par une valeur supposée équivalente; peu importe que cette valeur se retrouve ou ait été consommée par le *de cujus*.

171. Les biens *existants* et les biens *donnés* ayant été fictivement réunis, il faut procéder à leur estimation.

Les biens *existants* sont estimés suivant leur état et leur valeur au moment du décès du disposant.

Les biens *donnés*, au contraire, doivent être estimés, aux termes de l'art. 922 « *d'après leur état à l'époque des donations et leur valeur au temps du décès du donateur.* » Cette valeur doit être réduite du montant des sommes payées par le donataire au donateur en exécution des conditions mises aux libéralités (2).

La règle de l'art. 922 s'applique aux meubles et aux immeubles.

(1) Cass. 28 fév. 1887, D. 88, 1, 127.
(2) Cass. 27 nov. 1877, D. 78, 1, 16.

Pour les immeubles c'est toujours leur valeur au jour du décès qui doit être prise en considération, et non le prix de leur adjudication s'ils ont été licités (1). Ce serait au contraire le prix reçu dont il faudrait tenir compte, si le donataire avait été exproprié pour cause d'utilité publique, ou s'il avait été dépossédé par suite d'un réméré. C'est en effet contre le donateur que l'expropriation ou le réméré auraient été exercés, s'il n'avait pas donné l'immeuble (2). Pour déterminer cette valeur il faut tenir compte des améliorations ou détériorations provenant d'événements fortuits ou de la nature des choses. Il faudra au contraire faire abstraction des augmentations ou diminutions provenant du fait des donataires ou de leurs ayants-cause. Dans ce cas il pourra y avoir lieu, si la donation est réduite, à des indemnités qui seront réglées comme en matière de rapport.

Pour les meubles de toute nature, rentes sur l'Etat, créances, actions commerciales et industrielles, la règle est la même, car l'art. 922 ne distingue pas. De là résulte une différence entre la réduction et le rapport (Voir art. 868). L'héritier soumis à la réduction, à la différence de l'héritier soumis au rapport, profite des améliorations ou souffre des détériorations qui augmentent ou diminuent la valeur des meubles dans l'intervalle de la donation au décès.

On admet cependant que pour les denrées ou marchandises et autres choses destinées à être promptement vendues ou consommées, il y a lieu de les estimer suivant leur valeur au moment de la donation. Il s'agit en effet de choses qui, ne devant pas être gardées, auraient été vendues ou consommées si elles n'avaient pas été données. C'est donc la valeur qu'elles représentaient au moment de la

(1) Cass. 16 juill. 1879, D. 80, 1, 217.
(2) LAURENT, t. XII, n° 91.

donation qu'il s'agit de faire rentrer dans le patrimoine (1).

172. Pour obtenir l'actif net de la succession sur lequel doit être calculée la quotité disponible, il faut, comme nous l'avons déjà dit, opérer sur le bien existant, la déduction des dettes de la succession, tant chirographaires qu'hypothécaires.

Il faut entendre par dettes de la succession toutes celles dont le paiement était à la charge du défunt, même vis-à-vis de son héritier, car la confusion n'a rien de commun avec la formation de la masse.

Donc ne devraient pas être considérés comme dettes de la succession, les frais funéraires, les aumônes, les frais de scellés, de partage et de liquidation, etc. (2). Mais on admet plus généralement une solution différente (3).

Les contributions foncières étant une charge de la jouissance ne seront déduites que pour ce qui a couru jusqu'au décès. Les contributions personnelles devront figurer en entier au passif, car elles sont dues pour la totalité dès le premier jour de l'année. Pour les gages des domestiques, on suivra les conventions intervenues entre eux et le défunt.

173. L'actif net de la succession étant connu, on peut calculer quelle est, d'après le chiffre de cet actif, et eu égard à la qualité, et au nombre des héritiers, la quotité de biens dont le défunt a pu disposer. Mais toutes les libéralités par lui faites ne devront pas être imputées sur la quotité disponible.

On impute sur la quotité disponible :

1° Tous les biens donnés ou légués à des étrangers;

2° Tous les biens donnés ou légués à des successibles

(1) Aubry et Rau, § 684, texte et note 5; Demolombe, t. XIX, n° 381; Laurent, t. XII, n° 83; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 437.

(2) Laurent, t. VII, n° 101.

(3) Voy. en sens divers : Aubry et Rau, § 684 *ter*, note 1; Demolombe, t. XIX, n°s 415, 418; Grenoble, 11 mars 1869, D. 71, 2, 115.

renonçants, sans distinguer si la donation ou le legs leur a été fait avec ou sans dispense de rapport;

3° Tous les biens donnés ou légués avec dispense de rapport à l'un des successibles acceptant la succession ;

4° Tous les biens donnés en avancement d'hoirie, lorsque le successible donataire est décédé avant le donateur sans laisser d'enfant qui le représente dans la succession de celui-ci ;

5° Les biens donnés dans l'hypothèse précédente, si l'enfant du donataire prédécédé vient à la succession de son chef (1).

On impute au contraire sur la réserve :

1° Tous les biens donnés ou légués sans dispense de rapport à un héritier acceptant;

2° Les biens donnés en avancement d'hoirie lorsque le successible donataire décède avant le donateur, laissant un enfant venant à la succession par représentation de son père.

Il faut cependant faire une précision pour le cas où il y a plusieurs réservataires. La donation par avancement d'hoirie faite par un père à l'un de ses enfants, doit s'imputer d'abord, non sur la masse entière de la réserve, mais sur la part de réserve à laquelle le donataire a personnellement droit, et ensuite sur la quotité disponible (2). L'irrévocabilité des donations en avancement d'hoirie s'oppose, en effet, d'abord au mode d'imputation qui rendrait, sur la quotité disponible, un second donataire préférable au premier, et au système qui, en imputant fictivement la première donation sur la masse de la réserve, contraindrait le premier donataire à payer sur le montant de la donation, les parts de réserve de ses cohéritiers, tandis que la quotité disponible servirait à acquitter une donation postérieure à la sienne. Dans l'un comme dans

(1) Cass. 2 avr. 1862, D. 62, 1, 173.
(2) Cass. 31 mars 1885, D. 88, 5, 372.

l'autre cas, le donateur aurait disposé au préjudice du premier donataire d'une part de la succession qu'il lui avait donnée (1).

Si le réservataire gratifié, étant héritier unique, se trouvait en conflit avec un donataire ou légataire de la quotité disponible, ces derniers pourraient repousser la demande en réduction dirigée contre eux en opposant que la réserve n'est pas entamée (2).

Enfin le disposant a le droit de dispenser le réservataire de l'obligation d'imputer sur sa réserve la libéralité qu'il lui fait. La jurisprudence reconnaît même aux juges le pouvoir de décider, d'après les circonstances, que le défunt a voulu faire au réservataire une libéralité en sus de la réserve (3).

§ 2. — Comment se fait la réduction.

174. — Elle atteint d'abord les dispositions testamentaires, art. 923, 925, 926.
175. — Pouvoirs du testateur à cet égard, art. 927.
176. — Réduction des donations.
177. — En principe la réduction s'opère en nature.
178. — Exceptions, art. 924.
179. — Restitution des fruits, art. 928; qui doit supporter l'insolvabilité du donataire soumis à réduction, et déjà insolvable lors du décès du disposant?
180. — Effets de la réduction quant aux charges créées sur les immeubles à recouvrer, art. 929;
181. — Quant aux aliénations consenties par le donataire, art. 930.
182. — Règles concernant l'exercice de l'action en réduction.

174. Lorsque la somme totale des dispositions imputables sur la quotité disponible dépasse cette quotité, il est prouvé qu'une atteinte a été portée à la réserve. C'est alors pour les

(1) Motifs de l'arrêt précité.
(2) Laurent, t. XII, nos 108 et 109.
(3) Cass. 31 mars 1869, D. 69, 1, 519.

héritiers réservataires le cas de demander la réduction des libéralités.

Mais ces libéralités peuvent résulter soit de dispositions testamentaires, soit de donations entre-vifs. Or le droit des légataires est nécessairement postérieur à celui des donataires ; d'un autre côté, les donations entre-vifs sont irrévocables ;

Donc :

ART. 923. Il n'y aura jamais lieu à réduire les donations entre-vifs, qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires; et lorsqu'il y aura lieu à cette réduction, elle se fera en commençant par la dernière donation, et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes.

Les dispositions testamentaires sont donc toujours réductibles avant les donations entre-vifs, sauf la précision faite par l'art. 917 (1) ;

Par conséquent :

ART. 925. Lorsque la valeur des donations entre-vifs excédera ou égalera la quotité disponible, toutes les dispositions testamentaires seront caduques.

Dans le cas contraire, comme toutes les dispositions testamentaires doivent produire leur effet en même temps, c'est-à-dire à la mort du testateur, quelle que soit la date du testament qui les renferme, une réduction proportionnelle s'impose :

ART. 926. Lorsque les dispositions testamentaires excéderont, soit la quotité disponible, soit la portion de cette quotité qui resterait après avoir déduit la valeur des donations entre-vifs, la réduction sera faite au marc le franc, sans aucune distinction entre les legs universels et les legs particuliers (*).

Tout legs soumis à la réduction doit la subir en nature, sauf licitation s'il s'agit d'une chose impartageable. La réduction s'applique d'ailleurs sans distinction entre les legs de corps certains et les legs de sommes ou valeurs (2), ni entre les legs universels et les legs particuliers.

(*) Art. 926. — L. 73, § 5, D. 35, 2, *Ad leg. falcid.*
(1) Cass. 19 déc. 1882, D. 83, 1, 343.
(2) Trib. Tongres, 8 juill. 1890, *Pas.*, 91, 3, 132.

Pour opérer la réduction au marc le franc entre un legs universel et un legs particulier, on recherche ce que chaque légataire recueillerait si l'héritier réservataire n'existait pas; ensuite on impute la réserve proportionnellement sur chaque legs.

Ainsi, par exemple, le testateur a laissé un enfant, une succession égale à 100, un légataire universel et un légataire particulier pour 20.

S'il n'y avait pas de réservataire, le légataire universel serait appelé à recueillir l'entier actif 100, sur lequel il devrait payer le legs particulier 20 ; il garderait donc 80. Si maintenant on impute la réserve de 50 proportionnellement sur chaque legs, le legs universel sera réduit à 40 et le legs particulier à 10.

Cette hypothèse du concours d'un héritier réservataire avec un légataire universel grevé de legs particuliers, est encore prévue par l'art. 1009 *in fine* qui semble poser, comme exception, le cas de réduction que l'art. 926 pose comme principe. La conciliation paraît facile : l'art. 1009 a en effet pour objet, en ce qui concerne le paiement des legs particuliers, d'en décharger l'héritier au détriment du légataire universel, mais celui-ci n'est tenu de les transmettre aux gratifiés que sauf réduction, s'il y a lieu (1).

175. La règle de la réduction proportionnelle a pour raison d'être l'intention probable du défunt. Il n'y a donc pas lieu de l'appliquer lorsque le défunt a manifesté, comme il en a le droit, une volonté différente :

ART. 927. Néanmoins, dans tous les cas où le testateur aura expressément déclaré qu'il entend que tel legs soit acquitté de préférence aux autres, cette préférence aura lieu; et le legs qui en sera l'objet, ne sera réduit qu'autant que la valeur des autres ne remplirait pas la réserve légale.

Cette déclaration doit être expresse, même pour les legs

(1) AUBRY et RAU, § 723; DEMOLOMBE, t. XIX, n° 554; LAURENT, t. XII, n° 178.

d'aliments ou faits à titre de restitution. Mais comme elle n'est pas soumise à des termes sacramentels, elle pourrait suffisamment résulter de ce que le testateur aurait, par exemple, prétendu établir une hypothèque spéciale pour garantir le paiement d'un legs déterminé.

La réduction proportionnelle du legs a lieu nécessairement en nature. Les légataires réclameront aux réservataires saisis la délivrance de leurs legs; mais ils les obtiendront réduits d'après la règle de l'art. 926. Si le partage est impossible, il faudra procéder à la licitation par application de l'art. 1686.

176. Si la réduction opérée sur le legs a pour résultat de permettre aux réservataires de recevoir l'entier montant de leur réserve, on ne touchera pas aux donations. Dans le cas contraire il faudra réduire la donation en commençant par la dernière, comme cela résulte de l'art. 923.

Si plusieurs donations ont été faites le même jour, soit par un seul acte, soit par des actes séparés, la réduction se fera au marc le franc sur toutes les libéralités, à moins que l'antériorité d'une ou de plusieurs de ces donations ne résulte des termes mêmes de l'acte qui porterait des indications concernant l'heure où elles ont été faites, ou que le donateur n'ait réglé lui-même l'ordre des réductions, quand il s'agit de donations faites dans le même acte. Si les donations avaient été faites séparément, le principe de leur irrévocabilité s'opposerait à ce que le disposant ait la même latitude.

S'il s'agit de dons manuels, leur date pourra être établie par les papiers domestiques. L'art. 1328 est inapplicable quand il s'agit de fixer l'ordre dans lequel les donations doivent être réduites (1). Si le donataire n'a pas été présent à la donation, la date de la notification de l'acceptation déterminera la date de la libéralité.

Les institutions contractuelles et les donations de biens

(1) Caen, 25 mai 1875, D. 80, 2, 49.

présents faites entre époux durant le mariage, doivent aussi, comme les donations ordinaires, être réduites à leur date.

177. En principe la réduction doit s'opérer en nature puisque la réserve étant une partie de la succession, les réservataires ne peuvent être tenus de se contenter de la valeur estimative des biens réservés.

Il en est certainement ainsi pour les legs comme nous l'avons fait remarquer sur l'art. 926. Il en est de même pour les donations, sauf à tenir compte, dans les deux cas, de la règle spéciale édictée par l'art. 917, ci-dessus expliqué, pour les libéralités consistant en usufruit ou en rente viagère.

178. La règle que la réduction des donations doit s'opérer en nature reçoit deux exceptions nécessaires; d'abord pour le cas où les biens donnés ont péri par la faute du donataire, et en outre pour le cas où la donation avait pour objet des choses destinées à être consommées ou vendues. Si en effet ces choses ont été consommées ou vendues, la réduction s'opèrera par le paiement de valeurs équivalentes.

Il y a encore une autre exception pour les cas où les biens donnés, non fongibles d'ailleurs, ont été aliénés par le donataire. L'héritier réservataire ne pourra donc, dans ce cas, réclamer que la valeur pécuniaire de la réserve, si le donataire est en état de la lui fournir. Si le donataire est insolvable, les réservataires pourront agir contre les tiers détenteurs des biens donnés, nous verrons plus loin dans quelles conditions (art. 930).

Il y a encore exception dans le cas prévu par l'art. 866 plus haut examiné (t. V, nº 386).

Il s'agit dans cet article d'un héritier réservataire ayant reçu une donation par préciput excédant la quotité disponible. La réduction se fera en nature, dit l'art. 866, si le retranchement peut s'opérer commodément, mais, même dans ce cas, même si les biens donnés sont commodément partageables, l'héritier donataire sera dispensé d'une réduction en

nature, s'il y a dans la succession des biens de même espèce. Tel est le sens et la portée de la disposition suivante qui vient ainsi compléter en quelque sorte l'art. 866 (1) :

ART. 924. Si la donation entre-vifs réductible a été faite à l'un des successibles, il pourra retenir, sur les biens donnés, la valeur de la portion qui lui appartiendrait comme héritier, dans les biens non disponibles, s'ils sont de la même nature.

Cette disposition ne s'applique pas aux legs (2); elle est d'ailleurs spéciale à la réduction et demeure étrangère au rapport proprement dit (3).

179. Les demandeurs en réduction ne pourront réclamer les fruits ou intérêts produits par la chose, donnés avant le décès du donateur; mais

ART. 928. Le donataire restituera les fruits de ce qui excédera la portion disponible, à compter du jour du décès du donateur, si la demande en réduction a été faite dans l'année; sinon, du jour de la demande (*).

Cette disposition concerne l'héritier donataire venant à la succession, aussi bien qu'un donataire étranger (4); elle s'applique aux donations déguisées, comme aux donations ostensibles et directes.

Ces questions de restitution supposent que les donataires soumis à la réduction sont solvables. Si l'un d'entre eux devient insolvable postérieurement à l'ouverture de la succession, cette insolvabilité sera supportée exclusivement par l'héritier. Mais il y a controverse pour le cas où l'insolvabilité existerait antérieurement au décès du disposant.

Il s'agissait par exemple, d'une somme importante en

(*) Art. 928. — L. 5, § 18; L. 7, § 3; L. 16; L. 28, § 3; L. 29, 30, 31, 36, 39, 50, 55, D. 24, 1, *De donat. int. virum et uxor.*

(1) DEMOLOMBE, t. XIX, n° 599; LAURENT, t. XII, n° 195; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 458; Cass. 15 nov. 1871, D. 71, 1, 291; Nancy, 2 déc. 1872, D. 73, 2, 214.

(2) CAEN, 23 déc. 1879, D. 81, 2, 209; *Contrà*, Gand, 18 janv. 1877, *Pas.*, 77, 2, 204.

(3) Limoges, 23 mai 1888, D. 90, 2, 79.

(4) Cass. 26 avr. 1870, D. 70, 1, 358.

argent attribuée au dernier donataire qui depuis est devenu complétement insolvable. Or la réserve a été précisément entamée par cette dernière donation. L'héritier a donc contre ce dernier donataire une créance certaine représentant le complément de sa réserve et garantie par l'action en réduction. Mais cette créance, vu l'insolvabilité du débiteur, est une non valeur. Or, du moment qu'il est admis que les créances irrecouvrables ne doivent pas entrer dans la masse à former fictivement, il est difficile de soutenir, comme le font certains auteurs (1), que la créance contre le donataire insolvable ayant une existence certaine, suffit pour remplir nominalement l'héritier de sa réserve.

La même raison ne permet pas davantage de faire retomber, comme on l'a proposé (2) sur le donataire antérieur, la perte résultant de l'insolvabilité du dernier. C'est toujours en effet le même procédé, seulement on substitue à un débiteur insolvable une personne solvable. Cette substitution serait légitime si toutes les deux pouvaient être considérées comme étant des débiteurs. Lorsque l'art. 923 déclare que la réduction doit se faire en commençant par la dernière donation, *et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes*, il suppose que toutes ont entamé la réserve. Mais lorsque la réserve se trouve reconstituée par la réduction effectuée sur les dernières donations, il n'est plus permis de remonter aux plus anciennes, même sous prétexte d'insolvabilité des derniers donataires, car ce serait substituer arbitrairement un non débiteur à un débiteur. La Cour de cassation a cependant admis la légitimité de cette substitution par le motif que le droit des réservataires est supérieur à celui des donataires (3); oui le droit des réservataires est

(1) Mourlon, t. II, n° 637; Laurent, t. XII, n° 191.

(2) Merlin, *Répert.*, v° *Légitime*, sect. 8 § 2; Toullier, t. V, n° 137; Aubry et Rau, § 685 *ter*, texte et note 11.

(3) Cass. 11 janv. 1882, D. 82, 1, 313.

supérieur à celui des donataires ayant reçu des libéralités au détriment de la réserve; mais il n'est pas supérieur à celui des donataires qui ont reçu des libéralités ayant laissé intacte la réserve, et qui, par rapport aux biens donnés dans ces conditions, représentent l'indépendance du propriétaire ayant disposé librement d'une chose réellement disponible.

Aussi, croyons-nous, que la meilleure solution consiste à ne pas compter dans la masse la valeur des biens qui ont été donnés au détriment de la réserve à un donataire insolvable. « Le donataire ayant dissipé les biens, disait Pothier, c'est par rapport à la masse, la même chose que si le défunt qui les lui a donnés les eût dissipés lui-même (1). »

La même difficulté peut se produire lorsque les donataires soumis à la réduction sont inconnus. Dans le système consacré par la Cour de cassation, il faudrait décider que le donataire antérieur atteint par l'action en réduction attendu que le donataire postérieur était inconnu ou insolvable, aura son recours contre ce dernier quand il sera connu ou redevenu solvable.

180. Régulièrement l'obligation de restituer ne peut donc peser que sur le donataire dont la libéralité aura été réduite.

En principe, et sauf les exceptions qui ont été signalées, la restitution se fera en nature.

En effet toute donation est implicitement soumise à une éventualité de réduction partielle ou totale pour le cas où elle porterait atteinte à la réserve. C'est une éventualité connue des donataires eux-mêmes et des tiers qui seront exposés à traiter avec eux au sujet des biens donnés.

De là il suit que :

ART. 929. Les immeubles à recouvrer par l'effet de la réduction, le seront sans charge de dettes ou hypothèques créées par le donataire.

(1) *Introd. au tit. V de la cout. d'Orléans*, n° 83; DEMANTE, t. IV, n° 6 *bis*, II; DEMOLOMBE, t. XIX, n° 606; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 444; Grenoble, 5 janv. 1871, D. 71, 2, 209.

Les tiers ne peuvent pas se plaindre, car ils savaient que le donataire ne pouvait leur conférer que des droits résolubles (1). Cela est incontestable quand il s'agit de donations ostensibles. Mais quand la donation a été déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, les tiers qui ne savaient pas traiter avec un donataire ne seront-ils pas protégés par leur bonne foi contre les effets de la réduction? Non, car jamais la bonne foi ne peut, par elle-même, faire disparaître les vices infectant le titre de celui avec qui on traite (2).

Il faut même aller plus loin; le créancier dont l'hypothèque doit disparaître par application de cette décision, ne pourrait repousser, par l'exception de garantie, l'action en réduction exercée par les héritiers réservataires, que ces derniers aient accepté la succession purement et simplement ou qu'ils l'aient accepté sous bénéfice d'inventaire. Les héritiers sont en effet investis pour la conservation de leur réserve d'un droit qu'ils tiennent de la loi et non de leur auteur (3).

Ainsi donc les donataires étant censés n'avoir jamais eu la propriété des biens donnés, les hypothèques et autres dettes ou charges réelles, telles que servitudes, usufruit, etc., tombent avec le droit de celui qui les a constitués.

181. Logiquement il faudrait admettre la même solution pour le droit de propriété lui-même quand le donataire a aliéné les objets donnés; c'est ce qu'a fait le législateur, mais avec certaines restrictions motivées par l'intérêt des tiers acquéreurs :

ART. 930. L'action en réduction ou revendication pourra être exercée par les héritiers contre les tiers détenteurs des immeubles faisant partie des donations et aliénés par les donataires, de la même manière et dans le même ordre que contre les donataires eux-mêmes, et discussion préalablement faite de leurs biens. Cette action devra être exercée suivant l'ordre des dates des aliénations, en commençant par la plus récente.

(1) Chambéry, 18 janv. 1888, D. 88, 2, 259.

(2) Bordeaux, 29 nov. 1887, D. 89, 2, 225.

(3) *Ibid.*, Voy. LAURENT, t. XII, n° 205 et les autorités citées; Comp. DEMOLOMBE, t. XIX, n° 622; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 447.

L'action pourra également être intentée contre les tiers détenteurs d'objets mobiliers dans les cas où, d'après le droit commun, la revendication est admise. Elle sera utile notamment contre les tiers détenteurs de meubles incorporels.

Mais dans tous les cas la recevabilité de la demande est subordonnée à la discussion préalable du donataire, c'est-à-dire à la preuve de son insolvabilité après poursuites judiciaires.

Cette discussion est obligatoire pour l'héritier demandeur, et doit porter sur tous les biens du donataire sans exception, non seulement sur la partie des biens donnés qu'il peut encore détenir, mais encore sur tous ses autres biens.

Or il faut remarquer que cette discussion des biens du donataire ne peut procurer aux réservataires qu'une valeur mobilière, et que par suite la réserve ne sera plus fournie en nature.

De là il suit:

1° Que les donataires doivent pouvoir éviter au tiers la revendication éventuelle qui les menace en payant la réserve en argent;

2° Que les tiers détenteurs ont pareillement le droit, pour conserver les biens par eux acquis, d'en offrir la valeur aux héritiers réservataires.

Le tiers détendeur devra d'ailleurs être traité comme le donataire lui-même, en ce qui concerne les fruits et le compte des améliorations ou détériorations qui auraient augmenté ou diminué la valeur de l'immeuble (1).

182. Si les donataires ou légataires passibles de l'action en réduction, sont en même temps héritiers du défunt, l'action en réduction pourra être intentée accessoirement à l'action en partage, et portée devant le tribunal du lieu où la succession

(1) Aubry et Rau, § 685 *ter*, texte et note 15; Laurent, t. XII, n° 216; Voy. cep. Demante, t. IV, n° 76 *bis*, X; Duranton, t. XIX, n° 639.

s'est ouverte. — Si les donataires, légataires ou tiers détenteurs sont étrangers à la succession, il y aura lieu contre eux à une action principale engagée et suivie d'après les règles du droit commun.

Lorsqu'une restitution, soit en deniers, soit en nature, est faite par un successible donataire en vertu de la réduction qu'il a subie, cette restitution n'opère aucune transmission, car le défunt est considéré comme n'ayant jamais aliéné les biens ainsi rentrés dans sa succession. Un droit de rétrocession n'est donc pas dû. Mais le droit de mutation par décès doit être acquitté sur ces mêmes biens, puisqu'ils se trouvent faire partie de l'hérédité.

La demande en réduction peut être repoussée par la fin de non recevoir tirée de la renonciation qui est possible quand la succession est ouverte.

L'action en réduction s'éteint aussi par la prescription trentenaire. Mais vis-à-vis des tiers acquéreurs dont la possession réunit les caractères requis pour la prescription acquisitive, on admet généralement que l'action s'éteint par la prescription de dix à vingt ans commençant à courir du jour de l'ouverture de la succession (1).

(1) AUBRY et RAU, § 685 *quater*, texte et note 6; DEMANTE, t. IV, n° 67 *bis*, IX; DEMOLOMBE, t. XIX, n°s 240 et suiv.; *Contrà*, LAURENT, t. XII, n° 168.

CHAPITRE IV.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

SECTION PREMIÈRE.

De la forme des donations entre-vifs.

§ 1er. — Donations entre particuliers. — Authenticité. — Acceptation expresse. — Exceptions.

183. — Actes portant donations, art. 931 ; procuration pour les passer.
184. — Nécessité d'une acceptation expresse, art. 932.
185. — Exceptions aux règles ci-dessus : d'abord pour les dons manuels.
186. — Dons manuels de meubles corporels.
187. — *Quid* des meubles incorporels ; propriété littéraire, créances ?
188. — Application de la novation aux dons de créance.
189. — Remises de dettes, renonciations.
190. — Autres exceptions.
191. — Donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux.
192. — Conditions de validité de ces donations.
193. — Application à l'endossement ;
194. — Aux reconnaissances sous seing privé.
195. — Règles spéciales sur l'acceptation par mandataire ou par des incapables, femmes mariées, mineurs, sourds-muets, art. 933 à 936 ; en cas d'irrégularité, la donation est inexistante.

183. Le législateur a fait de la donation un contrat *solennel*, c'est-à-dire dont l'existence est subordonnée à l'observation de certaines formes. Pourquoi cela? Autrefois on multipliait les formalités et par conséquent les causes de nullité, afin de rendre les donations plus difficiles, et de conserver ainsi les propres dans les familles. Aujourd'hui les formalités prescrites ne peuvent s'expliquer que par le désir d'assurer la liberté du donateur. Mais les exceptions admises soit par

la loi, soit par la doctrine et la jurisprudence sont tellement nombreuses qu'elles ont en quelque sorte étouffé la règle principale qui trouve rarement l'occasion d'être suivie.

La loi s'occupe d'abord de l'acte portant donation :

ART. 931. Tous actes portant donation entre-vifs seront passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats; et il en restera minute, sous peine de nullité.

Il faut noter que la présence réelle du second notaire ou des témoins est requise, à peine de nullité, pour les donations entre-vifs, par la loi du 21 juin 1843 (art. 2); cette présence est nécessaire à la lecture de l'acte par le notaire, et au moment de la signature par les parties; il doit en être fait mention à peine de nullité.

En cas de concours entre le notaire du donateur et celui du donataire, les règlements sont généralement d'accord pour attribuer la minute au notaire du donateur (1).

Les mêmes formes et solennités exigées par la loi pour les donations le sont aussi pour la procuration donnée pour faire une donation (2). Cette procuration doit être spéciale; elle doit indiquer la personne du donataire, les biens à donner, et, s'il y a lieu, les charges et conditions de la donation. Elle peut être retenue en brevet (3).

Nous verrons que d'après l'art. 1718, l'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier ou par un défaut de formes, vaut comme écriture privée s'il a été signé des parties. Cette décision ne saurait évidemment s'appliquer aux donations, puisqu'en cette matière l'écriture privée est insuffisante.

184. A la déclaration faite par le donateur dans les formes

(1) AMIAUD, *Traité form.*, v° *Donation*, n° 9; *Régl. not.* de Paris, du 28 avril 1847.

(2) Gand, 27 fév. 1883, D. 85, 2, 53.

(3) DEMANTE, t. XX, n° 31; LAURENT, t. XII, n° 236; Gand, 27 fév. 1883, *Pas.*, 83, 2, 250.

que nous venons d'indiquer, doit correspondre une acceptation expresse émanée du donataire :

ART. 932. La donation entre-vifs n'engagera le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès. — L'acceptation pourra être faite du vivant du donateur, par un acte postérieur et authentique dont il restera minute ; mais alors la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié (*).

Par une dérogation au droit commun bien peu justifiée, l'acceptation doit avoir lieu en *termes exprès;* c'est-à-dire qu'une déclaration formelle et spéciale est indispensable. L'acceptation ne pourrait donc résulter de la seule signature apposée à la minute (1). Mais la loi n'exige pas l'emploi de termes sacramentels, pas même du mot *accepté*, qui est le plus clair; les juges du fond constateront souverainement le fait de l'acceptation (2). Le défaut d'acceptation entraîne la nullité absolue de la disposition, et cette nullité peut être demandée par toute personne intéressée, même contre un donataire mineur (3).

Quand les parties ne sont pas en présence l'une de l'autre, l'acceptation est constatée par un acte postérieur en la forme authentique et avec minute.

Dans ce cas : « La donation, d'après le texte, n'aura d'effet, *à l'égard du donateur*, que du jour où l'acte qui constatera l'acceptation lui aura été notifié. » En s'exprimant ainsi le législateur n'a pas voulu dire, comme l'ont imaginé plusieurs auteurs, *qu'à l'égard du donataire* la donation serait parfaite du jour même de son acceptation (4), il a simplement voulu exprimer cette pensée fort simple que, jusqu'à la notification de l'accep-

(*) Art. 932. — L. 10, D. 39, 5, *De donat.*

(1) Trib. Bruxelles, 14 avr. 1866, *Pas.*, 87, 3, 98.

(2) Cass. belge, 20 juill. 1876, *Pas.*, 76, 1, 375.

(3) Cass. 15 juill. 1889, D. 90, 1, 100.

(4) AUBRY et RAU, §§ 650 et 653 ; DEMANTE, t. IV, n° 71 *bis* VIII; DEMOLOMBE, t. XX, n°s 139 et suiv.

tation, le donateur n'est pas lié. Mais si le donateur n'est pas lié, le donataire ne peut, de son côté, être considéré comme investi d'un droit quelconque; il est inadmissible, en effet, qu'un contrat existe pour l'une des deux parties sans exister en même temps pour l'autre (1).

De ce que, jusqu'à la signification de l'acceptation, le donateur n'est pas lié il suit :

1° Qu'il peut, jusqu'à ce moment, retirer expressément ou tacitement son offre de donation;

2° Que la notification ne peut plus avoir lieu utilement après le décès du donateur ou après qu'il a perdu la capacité de donner;

3° Ni après le décès du donataire, soit à la requête de ses créanciers, soit à la requête de ses héritiers, soit à la requête des créanciers de ces derniers; qu'elle ne peut pas davantage avoir lieu lorsqu'il est devenu incapable de recevoir;

4° Enfin que toutes aliénations ou constitutions de droits réels faites par le donataire dans l'intervalle de l'acceptation à la notification, sont nulles.

Il faut en outre observer que le droit d'accepter une donation et de faire notifier l'acceptation, ne fait pas partie du gage des créanciers et ne pourrait pas être exercé par eux en vertu de l'art. 1166. D'ailleurs une libéralité, même pure et simple, soumet celui qui l'accepte à des devoirs moraux dont il ne peut être grevé malgré lui (2).

La notification dont il s'agit est faite régulièrement par huissier. La jurisprudence admet des équivalents; par exemple une déclaration authentique du donateur qu'il a eu connaissance de l'acceptation. Si cette déclaration émane d'un man-

(1) DURANTON, t. VIII, n° 420; LAURENT, t. XII, n°s 264 et suiv.; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 465; Cass. 18 nov. 1861, D. 62, 1, 28.

(2) Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, n° 92.

dataire ce dernier doit être porteur d'une procuration spéciale et authentique (1).

185. L'économie de la loi, quant à la forme des donations entre-vifs, se résume donc, en définitive, dans une constatation faite par notaire de la volonté de donner manifestée par le donateur, et d'une acceptation expresse émanée du donataire. Mais nous allons voir que toutes les donations entre-vifs ne sont pas soumises aux formes solennelles prescrites par les art. 931 et 932.

C'est d'abord ce qui est admis sans difficulté pour les dons manuels. On invoque dans ce sens les paroles de Jaubert dans son rapport au Tribunat : « Nous devons remarquer, disait-il, que le projet se sert des termes *tous actes de donation*. Le projet ne parle pas des dons manuels, et ce n'est pas sans motifs. Les dons manuels ne sont susceptibles d'aucune forme. Il n'y a là d'autre règle que la tradition, sauf néanmoins la réduction et le rapport dans les cas de droit (2). » Les auteurs ont généralement brodé sur ce thème et ont surtout insisté sur la puissance de la tradition et surtout sur la formule de l'art. 931 qui soumet à la forme notariée, non pas les donations elles-mêmes, mais seulement *les actes portant donation* (3). On a encore invoqué dans le même sens quelques autres textes du Code qui semblent impliquer la validité des dons manuels. Mais ces textes ne résistent pas à l'examen. La vérité est qu'il n'y a pas de texte d'où dérive nécessairement la validité des dons manuels. Si elle a été admise, c'est uniquement par l'effet d'une vieille tradition que la pratique usuelle n'a pas répudiée, et cette pratique a été implicitement consacrée par l'art. 6 de la loi de finances du 18 juin 1850 qui soumet au droit de donation « les actes renfermant soit

(1) Arrêt précité de Gand du 27 fév. 1883 ; LAURENT, t. XII, n° 269 ; Comp. DEMOLOMBE, t. XX, n° 153.

(2) LOCRÉ, *Législ. civ.*, t. XI, p. 459.

(3) Voy. DEMOLOMBE, t. XX, n°s 57, 73 ; BAUDRY-LACANTINERIE, n° 467.

la déclaration pour le donataire ou ses représentants, soit la reconnaissance judiciaire d'un don manuel. » Il est assez singulier de voir persister jusqu'à la fin du XIXe siècle, l'une des conséquences les plus certaines de la vieille maxime : *mobilium vilis possessio.*

186. Le don manuel est un contrat par lequel l'une des parties fait tradition réelle à un autre d'un objet mobilier, dans le but d'en rendre cette dernière irrévocablement propriétaire à titre gratuit.

Il faut donc que les parties soient d'accord l'une pour donner, l'autre pour recevoir à titre gratuit. Mais cette convention isolée n'aurait pas plus de valeur qu'un *pacte nu* en droit romain. Il faut que la tradition intervienne, non comme mode d'exécution d'une convention antérieure, mais comme élément constitutif du contrat lui même.

De là il suit :

1° Que l'objet du contrat doit être susceptible de tradition réelle; une tradition fictive ou symbolique serait inopérante;

2° Que cette tradition étant un élément constitutif du contrat, ne peut intervenir utilement que du vivant des deux parties supposées capables l'une et l'autre.

Par conséquent si l'opération est faite par l'intermédiaire d'un tiers, mandataire du donateur, il faut, pour que le don manuel soit réalisé, que la tradition soit accomplie du vivant du mandant. Le décès du mandant ou son incapacité emportant révocation du mandat (art. 2003), mettraient obstacle au don manuel, et la somme appréhendée par le prétendu donataire devrait être comprise dans l'actif de la succession pour être restituée aux héritiers (1). Il suit de là que la libéralité ne serait pas valable si le donateur avait ordonné que la remise ne se fit qu'après sa mort (2).

(1) Cass. 11 janv. 1882, D. 82, 1, 313 ; DEMOLOMBE, t. XX, n° 66 ; LAURENT, t. XII, n° 296.

(2) LAURENT, t. XII, n° 296 ; Comp. DEMOLOMBE, t. XX, n° 66.

Il faut encore, avons-nous dit, que l'objet du don manuel soit susceptible d'une tradition réelle, impliquant une mise en possession effective, à titre de propriétaire.

Le don manuel ne peut donc avoir pour objet que des meubles corporels. Les titres au porteur sont à cet égard traités comme les meubles corporels. La tradition qui en est faite, avec l'intention de gratifier celui qui reçoit, détermine suffisamment la personne de ce dernier, de sorte que la validité d'un pareil don ne saurait être contestée sous le prétexte que la personne du donataire est incertaine (1). Il est même reconnu que le don manuel de titres au porteur, comme d'ailleurs de toute autre espèce de meubles corporels, peut être valablement fait sous la réserve par le donateur de l'usufruit des valeurs données (2). La Cour de Paris a jugé le contraire par ce singulier motif que la donation constitue alors un don de nue-propriété, et que la nue-propriété étant un droit incorporel ne peut faire l'objet d'un don manuel (3). Mais tous les droits sont incorporels; seulement il a été admis de tout temps que le droit de propriété, ou de nue-propriété, ce qui est tout un, se confondait avec son objet (Voy. t. IV, nº 4). Tout cela est élémentaire. La décision critiquée arrive à cette conséquence que, dans le cas d'aliénation d'un meuble ou même d'un immeuble corporel, avec réserve d'usufruit, il n'y a plus en présence que deux éléments incorporels, la nue-propriété d'une part, l'usufruit de l'autre, et que l'élément corporel a disparu!

La réserve d'usufruit est donc possible; seulement la continuation de jouissance qui en résultera pourra permettre de soutenir, en fait, qu'il n'y a pas eu dessaisissement actuel. Mais comme le contraire peut avoir eu lieu, les juges du fond

(1) Cass. 16 août 1881, D. 82, 1, 477.

(2) Cass. 11 août 1880, D. 80, 1, 451 ; Paris, 17 déc. 1883, D. 85, 2, 117.

(3) Paris, 9 mars 1878, D. 79, 1, 253.

auront à apprécier souverainement s'il y a eu tradition réelle (1). C'est qu'en effet, la réserve de la jouissance n'est pas exclusive de la tradition manuelle. La difficulté d'établir l'intention du donateur ne peut avoir d'influence sur la validité du don lui-même considéré comme mode légal d'acquérir la propriété d'objets mobiliers.

La preuve de l'existence du don manuel est soumise aux règles générales en matière de preuve; elle ne peut être faite par témoins si le prétendu don excède la valeur de 150 fr. à moins d'un commencement de preuve par écrit (2), sauf à celui qui l'allègue à provoquer le serment ou un aveu qui restera indivisible (3).

Il en est autrement de la possession de l'objet donné, fait simple, qui peut être prouvé par toutes voies de droit, nulle exceptée. La possession de valeurs mobilières étant prouvée, constitue un titre parfait de propriété. Elle établit en faveur de celui qui allègue un don manuel la présomption légale d'un transfert de propriété (art. 2279) (4) ; sauf aux héritiers à établir que cette possession est entachée de précarité ou est le résultat d'un détournement (5).

187. Les éléments incorporels du patrimoine ne peuvent, d'après ce qui précède, faire l'objet d'un don manuel. Il faut appliquer cette règle à la propriété littéraire. Sans doute, d'une manière générale, la propriété ordinaire se confond avec son objet. Mais la propriété littéraire *qui n'est pas une propriété* (Voy. t. IV, nº 64), n'a pas d'objet matériel avec lequel elle puisse s'identifier et se confondre. Elle ne se con-

(1) Cass. 5 août 1878, D. 79, 1, 253.

(2) Paris, 26 janv. 1881, D. 82, 2, 105.

(3) Cass. 9 août 1887, S. 87, 1, 313 ; Paris, 18 mars 1885, S. 87, 2, 145.

(4) Cass. 15 nov. 1881, D. 82, 1, 67 ; Pau, 28 mars 1885, D. 86, 2, 209 ; Cass. belge, 14 mars 1889, *Pas.*, 89, 1, 147.

(5) Arrêts précités ; Paris, 25 mars 1876, D. 77, 2, 9 ; Toulouse, 15 mars 1881, D. 82, 2, 141 ; Paris, 10 fév. 1886, *Gaz. Pal.*, 86, 582.

fond pas notamment avec les manuscrits, les plans, les dessins qui en contiennent la formule. Le don d'un plan, d'un dessin ou d'un manuscrit peut se concevoir comme don d'objet mobilier, précieux comme souvenir. Mais ce don ne saurait emporter le transfert du droit incorporel de publication, exécution ou reproduction. Ce droit ne se trouve pas soustrait à l'application des règles générales, et ne peut être transmis par le fait d'une tradition (1).

La même solution doit s'appliquer aux créances existant nominalement contre un tiers. L'art. 1689, comme l'art. 1607 dont il reproduit la pensée, ne parle de la tradition ou délivrance résultant de la remise des titres, que comme mode d'exécution, entre le cédant et le cessionnaire, d'une convention antérieure contenant cession régulière, à titre onéreux ou gratuit, de la créance dont les titres ont été remis. Donc, si la cession a été faite à titre gratuit, il faudra que l'acte ait été dressé conformément aux règles des donations, ou qu'il ait été rédigé, ainsi que nous allons le voir, comme un acte à titre onéreux (2). Tous les auteurs sont d'accord sur ce point.

188. Cependant M. Laurent a cru trouver dans un arrêt de la Cour de La Haye la preuve que les usages du commerce admettent une tradition réelle *brevi manu*, des créances commerciales. Voici l'espèce : « L'associé d'une maison de commerce laisse à sa sortie une somme considérable sur le compte de dépôt (*Deposito-Rekening*) de la dite maison. Il donne ordre de transporter sur le nom de trois personnes une somme de..... pour chacune; ce transfert, dit M. Laurent, opère une transmission de propriété; la maison de commerce est libérée envers le déposant jusqu'à concurrence des sommes transférées d'un compte sur l'autre, et elle devient, au même

(1) Comp. LAURENT, t. XII, n° 283 ; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XX, n°s 71 et 72.

(2) Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, n° 287.

instant débitrice à l'égard de ceux au profit desquels le transport a eu lieu. Depuis ce transfert les donataires avaient perçu les intérêts des sommes portées à leur compte, ce qui impliquait l'acceptation, le transfert et l'acceptation équivalant à la tradition réelle..... dès qu'il y a tradition, il y a don manuel (1). »

Il y a don manuel! Mais de quoi? C'est ici qu'est l'équivoque. Le donateur était simplement créancier d'une somme, et l'opération envisagée constituait une novation; il y avait eu extinction d'un droit de créance et remplacement de ce droit par un autre. La donation résultait de la création à titre gratuit d'un droit de créance au profit des donataires, création acceptée par ces derniers, et non d'un don manuel. La *transcriptio a personâ in personam* opérée sur le compte de dépôt constituait, dans une certaine mesure, l'opération inverse de celle à laquelle pouvait donner lieu l'*expensilatio* dans les *nomina transcriptitia* des Romains (2).

Dans une hypothèse analogue, la Cour de cassation a jugé que la donation ainsi consentie au moyen d'un ordre de transfert était nulle faute de dessaisissement des valeurs entre les mains du prétendu donataire du vivant du donateur (3). Mais il s'agissait encore d'une novation et non de transférer en nature des espèces dont on aurait été propriétaire. Ni dans ce cas, ni dans le précédent il n'y avait un véritable dépôt.

La Cour d'Aix a commis une équivoque analogue en décidant que, lorsqu'un créancier détruit les billets souscrits à son nom par le débiteur, et les remplace par d'autres billets directement souscrits par le même débiteur au profit d'un tiers, ce dernier peut invoquer une donation manuelle, car les créances étant à son nom sont, dit l'arrêt, transmissibles,

(1) T. XII, n° 280.

(2) Cass. 13 nov. 1877, D. 78, 1, 451.

(3) Voy. notre *Traité de la cession*, t. II, n° 569, où nous avons rapporté le texte de l'arrêt de la Cour de La Haye.

sans aucune formalité, par simple tradition (1)! Mais c'est encore un cas de novation par changement de créancier, et le cas est prévu par l'art. 1271, nº 3 : « Lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien envers lequel le débiteur se trouve déchargé. » Le déléguant ne devant rien au délégataire est donateur par rapport à ce dernier, et il importe peu qu'un acte ait été rédigé pour expliquer l'opération, ou que le donateur ait préféré supprimer son titre et le remplacer par un nouveau rédigé au nom du délégataire qui l'accepte.

La novation peut encore servir à réaliser une libéralité dispensée des formes ordinaires, dans le cas d'*expromission*, c'est-à-dire quand un tiers vient s'obliger de lui-même, *animo donandi*, à payer à la place du débiteur (art. 1274).

Il pourra encore y avoir une libéralité sans aucune forme, si le tiers au lieu de s'obliger vient payer lui-même *animo donandi* la dette du débiteur, comme l'art. 1236 lui en donne le droit, et s'il n'actionne jamais le débiteur en remboursement.

189. Dans les cas ci-dessus la libération gratuite provient du fait d'un tiers. Mais elle peut résulter aussi de l'abandon gratuit que le créancier fait directement de sa créance en faveur de son débiteur. La remise de la dette dont nous aurons à nous occuper plus tard (art. 1282), ne requiert autre chose que le consentement des intéressés; la donation qu'elle contient est réalisée sans aucune forme (2), d'autant qu'elle peut avoir lieu tacitement.

De même la renonciation à un droit d'usufruit si elle résulte d'une déclaration unilatérale, c'est-à-dire si elle est purement abdicative, n'exige pas de solennité; si elle est faite en faveur d'un tiers ou du nu-propriétaire, elle est soumise aux formes des donations (3).

(1) Aix, 27 déc. 1888, *Gaz. Pal.*, 89, 381.
(2) Cass. 16 août 1881, D. 82, 1, 477.
(3) Liège, 23 déc. 1841, *Pas.*, 42, 2, 282.

Il faut admettre la même distinction pour les renonciations à succession. La jurisprudence est contraire et décide que la loi n'ayant pas déterminé la forme dans laquelle doit se faire la renonciation gratuite dont parle l'art. 780, cette renonciation reste, quant à la preuve, dans les termes du droit commun, sans être soumise aux formes des donations entre-vifs, même quand elle résulte d'une convention (1). Cette solution est à bon droit critiquée (2).

190. Sont encore dispensées de l'accomplissement des formes ordinairement prescrites :

Les donations faites par contrat de mariage (art. 1087);

Celles qui sont adressées à des tiers comme condition d'un contrat à titre onéreux fait pour soi-même (art. 1121, 1973);

Celles qui résultent du contrat d'assurance sur la vie (3);

Les avantages indirects retirés par l'héritier des conventions passées par lui avec le défunt (art. 853), ou résultant d'une vente entre époux, dans les cas où la vente est permise, (art. 1595), mais il y a à cet égard quelques difficultés qui seront examinées plus loin;

Les avantages pouvant résulter de certaines clauses insérées dans les contrats de mariage (art. 1516 et 1525), ou provenant simplement d'une inégalité d'apports de la part des époux;

Les donations rémunératoires qui ont le caractère d'une dation en paiement ou sont l'exécution d'une obligation naturelle (4).

191. Les exceptions nombreuses que nous venons d'indiquer restreignent singulièrement, il faut le reconnaître, le

(1) Cass. 15 nov. 1858, D. 58, 1, 433 ; Poitiers, 30 nov. 1881, D. 82, 2, 247.

(2) Voy. note sous l'arrêt précité de Cass.; *Adde*, DEMOLOMBE, t. XX, n° 84 ; LAURENT, t. XII, n° 348.

(3) Amiens, 5 mai 1888, S. 88, 177.

(4) Riom, 12 déc. 1883, D. 85, 2, 101.

champ d'application des art. 931 et suiv. Les solutions admises en matière de donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux achèvent presque de le faire disparaître.

Il est reconnu en effet par une jurisprudence constante, qu'entre personnes capables de donner et de recevoir, les donations déguisées ne sont pas soumises aux formes solennelles des donations, et qu'elles sont valables pourvu que le contrat dont elles empruntent la forme satisfasse à toutes les prescriptions de la loi qui lui sont spéciales (1).

Le principal argument juridique sur lequel repose cette décision est tiré de l'art. 911 qui ne déclare nulle la donation déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux que lorsqu'elle est faite au profit d'un incapable, ce qui semble dire qu'elle sera valable si elle s'adresse à une personne capable. Mais cet argument *a contrario*, même renforcée par l'affirmation que les parties doivent pouvoir faire indirectement, si elles le préfèrent, ce qu'elles pourraient faire d'une manière ostensible et directe, est insuffisant pour prévaloir contre les textes les plus clairs. L'art. 893 déclare en effet qu'on ne peut disposer à titre gratuit que dans les formes déterminées par la loi, et les art. 931, 932 et 948 frappent de nullité les donations non revêtues des formes légales.

Il est inadmissible, fait remarquer M. Laurent : « que le législateur ayant pris la peine d'exiger les formalités les plus sévères pour l'existence même des donations, soit afin de les entraver, soit afin de protéger la liberté du donateur, vienne dire ensuite : « il ne faut pas prendre cette rigueur au sérieux, vous n'y êtes soumis que si vous voulez bien vous y soumettre. Je vous offre un moyen bien simple de vous en affranchir. Remarquez bien que je ne prescris de solennités que pour les

(1) Cass. 29 mai 1889, S. 89, 1, 471 ; Cass. 11 juill. 1888, D. 89, 1, 480 ; Aubry et Rau, § 659, texte et note 24 ; Toullier, t. IV, n° 474, et t. V, n° 85 ; Marcadé, sur les art. 851 et 918 ; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 467.

donations que vous voudriez faire *par acte*. Il vous est libre de disposer à titre gratuit sans qualifier votre contrat de donation ; nommez-le vente, transaction, comme il vous plaira, vous serez par là même affranchi de toute espèce de formes. Vous aurez de plus l'avantage de soustraire le plus souvent vos libéralités au rapport et à la réduction. » Peut-on supposer au législateur un système aussi absurde (1). »

L'absurdité est indéniable ; comment donc se fait-il qu'elle ait triomphé contre l'évidence des textes ? C'est la force des choses qui a fait violence à la jurisprudence : l'esprit moderne est antipathique aux réglementations et prohibitions qui ne sont pas absolument justifiées. D'un autre côté l'*individu* ne tient pas à initier le public au secret de ses affaires intimes. On croit généralement que la simulation, dans le cas qui nous occupe, a pour but à peu près unique d'éluder les formalités prescrites par la loi. C'est une erreur ; ces formalités ne sont pas assez gênantes pour cela ; la simulation a principalement pour but de protéger contre une curiosité indiscrète, certains actes importants de la vie privée. Les art. 931 et suiv. pourraient être abrogés et la liberté des donations proclamée, que le nombre des donations déguisées ne diminuerait pas sensiblement. Il ne faut donc pas s'étonner que, dans l'état actuel de nos mœurs civiles, les art. 931 et suiv. soient devenus comme une lettre morte, et ne reçoivent guère plus d'application qu'à l'égard des partages d'ascendants.

Il est si vrai que la simulation a pour but, comme nous venons de le dire, de cacher aux tiers le véritable caractère d'un acte plutôt que d'éluder les dispositions de la loi, qu'il est possible de rencontrer des contrats à titre onéreux déguisés sous l'apparence d'une donation, quoique les règles de fond des donations soient beaucoup plus sévères.

(1) T. XII, n° 305, Conf. DURANTON, t. VIII, n° 401 ; DEMANTE, t. IV, n° 3 *bis* VI ; DEMOLOMBE, t. XX, n° 101 ; Gab. DEMANTE, *Rec. de l'Acad. de législ. de Toulouse*, t. IV, p. 1 ; MOURLON, t. II, n° 681.

D'abord, il ne faudra pas admettre en ce cas, par voie de réciprocité, que l'acte qualifié donation ne sera valable, que si les formes voulues pour les donations ont été observées (1). En la forme comme au fond, il doit être traité comme acte à titre onéreux. Ainsi un tuteur, après l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 472, au lieu de rendre à l'ex-mineur un compte régulier de tutelle, lui fit une donation sous la condition que ce dernier renonçait à critiquer le compte de tutelle. Plus tard l'ex-mineur réclama ce même compte, sous prétexte que le tuteur avait imposé à sa libéralité une condition illicite réputée non écrite aux termes de l'art. 900. Mais l'ex-tuteur démontra victorieusement que sous le nom de donation il avait conclu avec son ancien pupille un véritable traité à titre onéreux, et que dès lors la condition n'était plus illicite, puisqu'elle était la contre-valeur des obligations corrélatives (2).

192. Pour que la donation déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux soit valable, il faut d'abord que les parties aient réellement voulu faire une donation dans cette forme. Le consentement apparent donné au contrat à titre onéreux n'équivaut pas nécessairement au concours de volontés nécessaire pour qu'il y ait donation. La dissimulation peut, en effet, avoir un autre but, celui par exemple de soustraire momentanément les immeubles en apparence vendus à l'action des créanciers du vendeur (3).

Il faut de plus que les parties aient la capacité absolue et réciproque de donner et de recevoir (4).

Il faut encore que les formes propres au contrat qui a servi à déguiser la donation aient été observées (5).

(1) Aubry et Rau, § 659, texte et note 28.
(2) Cass. 21 déc. 1869, *J. P.*, 70, 297.
(3) Laurent, t. XII, n° 311.
(4) Cass. 5 déc. 1877, D. 78, 1, 481.
(5) Cass. 10 juill. 1888, S. 88, 1, 409 ; Cass. 2 avr. 1884, D. 84, 1, 271 ; arrêt précité du 5 déc. 1877.

Doit-on induire de là que si la donation a été déguisée sous la forme d'un acte de vente sous signature privée, la donation serait nulle au cas où l'acte n'aurait pas été fait double, conformément à l'art. 1325? Demolombe admet l'affirmative (1). Mais dire que la validité de l'écrit est nécessaire pour la validité du contrat, c'est maintenir, comme le fait remarquer M. Laurent, la doctrine du contrat solennel, alors que les parties ont voulu s'en affranchir. Tout ce qu'il est permis de conclure c'est que l'écrit rédigé en un seul exemplaire ne pourra pas servir de preuve de la donation alléguée laquelle devra être prouvée d'une autre manière (2).

193. Enfin la forme choisie par le donateur pour dissimuler sa libéralité doit pouvoir juridiquement s'adapter aux valeurs dont il veut gratifier le donataire.

Ainsi quand il s'agit de créances civiles, le donateur pourra recourir aux formes ordinaires d'une cession à titre onéreux, mais il ne pourrait employer l'endossement qui ne peut servir pour le transfert de telles créances (3).

L'endossement ne peut être utilisé que pour le transfert des titres négociables, lettres de change ou billets à ordre, que le donateur voudrait gratuitement attribuer à un autre. La simulation consistera à exprimer une valeur censée fournie, comme le veut l'art. 137, C. com., alors qu'en réalité aucune valeur n'aura été fournie. C'est ce qu'on appelle *causer* le titre. Le titre pourra donc être causé *valeur reçue* (4), ou tout simplement *valeur fournie* (5), ou encore *valeur reçue comptant* (6). En d'autres termes et pour employer les expressions des art. 1131 et suiv., on supplée l'absence de cause par l'indication d'une cause fausse.

(1) T. XX, n° 104.
(2) T. XII, 308.
(3) Cass. 1er fév. 1842, D. *Répert.*, v° *Dispositions*, n° 1619.
(4) Demolombe, t. XX, n° 108.
(5) Laurent, t. XII, n° 210.
(6) Voy. Cass. 5 déc. 1877, D. 78, 1, 481.

Que faut-il décider s'il y a eu un endossement irrégulier, par exemple un endossement en blanc? Sous prétexte qu'un endossement de cette nature *n'est qu'une procuration* (art. 138, C. com.), on décide qu'il ne peut servir à procurer un transfert de propriété, et par conséquent à réaliser une donation (1). Cette solution ne tient pas compte du mécanisme particulier de l'endossement. La pratique commerciale et la jurisprudence ont toujours admis entre le porteur en vertu d'un endossement irrégulier, et l'auteur de cet endossement, la preuve du transfert réel de la propriété de l'effet transmis. Quant aux tiers, ils pourront toujours opposer au porteur considéré comme mandataire de son auteur, toutes les exceptions du chef de ce dernier. Si l'auteur de l'endossement fait faillite, ses créanciers saisiront le papier entre les mains du porteur mandataire pour le mettre dans l'actif de la faillite. Telle est la signification de la règle que l'endossement irrégulier *n'est qu'une procuration*. Mais différemment on admet que le prétendu mandataire pouvant recevoir un paiement direct, peut recevoir un paiement indirect, et par conséquent peut négocier la traite. On pouvait donc reconnaître que l'endossement irrégulier peut servir à réaliser une donation, sauf au donataire à subir toutes les exceptions opposables au donateur, et à supporter les risques de la faillite de ce dernier.

La jurisprudence qui, dans l'ordre des rapports commerciaux, est portée à traiter comme propriétaire celui que la loi déclare mandataire, a cependant admis, dans la question qui nous occupe, que l'endossement irrégulier ne pouvait en principe servir à une donation déguisée; mais elle admet en même temps le porteur à prouver que le donateur l'a autorisé à compléter le billet à ordre endossé en blanc, en y ajoutant lui-même les énonciations qui manquent (2), l'art. 1339

(1) Demolombe, t. XX, n° 109 ; Laurent, t. XII, n° 310.
(2) Cass. 29 déc. 1890, D. 91, 1, 321.

qui défend de réparer par des additions postérieures le vice d'un acte de donation, ne s'appliquant pas aux donations déguisées (1).

Le donateur peut encore déguiser sa donation en créant directement au profit du donataire un titre négociable dont il lui transférera la propriété au moyen d'un endossement.

Dans ce cas, comme dans le précédent, la simulation consistera, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, à suppléer l'absence de cause par l'indication d'une cause fausse. La loi commerciale veut en effet, pour la validité de l'endossement, l'expression d'une *valeur fournie*. Il va sans dire que si l'endossement est employé pour déguiser une libéralité, il ne peut pas y avoir en réalité de valeur fournie, car s'il y avait une valeur fournie, il n'y aurait pas de libéralité. Donc, pour obéir à la lettre de la loi commerciale, on subordonne la validité d'un acte juridique à la mention d'une cause nécessairement fausse.

194. Mais si on ne se trouvait plus lié par les termes étroits d'une loi commerciale mal faite (2), si au lieu de recourir au procédé d'un papier négociable, le donateur avait simplement employé la forme d'une reconnaissance ordinaire sous seing privé, souscrite au profit du donataire, il est certain, au point de vue de la forme, qu'il n'y aurait pas nécessité d'exprimer une cause. C'est ce que dit l'art. 1132 : la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée.

Mais au fond, puisqu'il s'agit d'une donation, il ne peut pas y avoir de cause distincte de la volonté de donner (ci-dessus, n° 40). Donc si, par hypothèse, une cause quelconque a été indiquée pour compléter la simulation, cette cause ne peut

(1) Cass. 5 déc. 1877, D. 78, 1, 481.

(2) En Belgique, depuis la loi du 20 mai 1872 (art. 27), l'endossement est valable au moyen d'une simple signature, l'endos ne doit plus énoncer la valeur fournie.

être que fausse. Mais la démonstration de la fausseté de cette cause ne saurait évidemment empêcher l'acte de valoir comme donation déguisée, s'il est certain que les parties, d'ailleurs capables, ont eu l'intention de concourir à une donation de ce genre (1).

Dans ces conditions il est impossible de comprendre comment M. Laurent a pu soutenir que si le contrat onéreux déguisant la donation n'a pas de cause ou a une cause illicite, ce contrat ne peut produire aucun effet (2).

Les donations déguisées demeurent d'ailleurs soumises aux autres règles de fond concernant les donations ostensibles et ayant trait au rapport, à la réduction, aux causes de révocation, etc. En résumé elles sont seulement affranchies, dans les limites qui viennent d'être indiquées, de l'authenticité, de l'acceptation expresse et de l'état estimatif prescrit par l'art. 948 quand elles portent sur des effets mobiliers.

195. En ce qui touche spécialement l'acceptation, la loi indique avec précision comment les règles qui y sont relatives doivent recevoir leur application aux divers incapables :

Art. 933. Si le donateur est majeur, l'acceptation doit être faite par lui, ou, en son nom, par la personne fondée de sa procuration, portant pouvoir d'accepter la donation faite, ou un pouvoir général d'accepter les donations qui auraient été ou qui pourraient être faites. — Cette procuration devra être passée devant notaires; et une expédition devra en être annexée à la minute de la donation, ou à la minute de l'acceptation qui sera faite par acte séparé (*).

Art. 934. La femme mariée ne pourra accepter une donation sans le consentement de son mari, ou, en cas de refus du mari, sans autorisation de la justice, conformément à ce qui est prescrit par les art. 217 et 219, au titre *du Mariage*.

Art. 935. La donation faite à un mineur non émancipé ou à un interdit, devra être acceptée par son tuteur, conformément à l'art. 463, au titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation*. — Le mineur émancipé pourra accepter avec l'assistance de son curateur. — Néanmoins les père et mère du mineur émancipé ou non émancipé, ou les autres ascendants, même du vivant des père et mère, quoiqu'ils

(*) Art. 933. — L. 63, D. 3, 3, *De procur.*

(1) Orléans, 27 mai et 17 juin 1875, D. 77, 2, 177 ; Laurent, t. XII, n° 332.

(2) Laurent, t. XII, n° 318.

ne soient ni tuteurs ni curateurs du mineur, pourront accepter pour lui.

ART. 936. Le sourd-muet qui saura écrire, pourra accepter lui-même ou par un fondé de pouvoir. — S'il ne sait pas écrire, l'acceptation doit être faite par un curateur nommé à cet effet, suivant les règles établies au titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation.*

La procuration à l'effet d'accepter devra être retenue en minute (1).

Si la donation est faite à plusieurs dans le même acte, l'acceptation de l'un des gratifiés tant pour lui que pour ses cointéressés ne profiterait pas à ces derniers.

Pour les mineurs et interdits, le pouvoir d'accepter est attribué à tous les ascendants concurremment; il appartient à la mère du vivant du père et malgré son opposition, et aux ascendants même du vivant des père et mère et malgré leur opposition; il y avait intérêt à éviter les chances de révocation et de caducité en multipliant le nombre des personnes ayant qualité pour accepter la donation (2).

Par la même raison les donations faites à un interdit devraient pouvoir être acceptées, non seulement par son tuteur, mais encore par ses père et mère ou autres ascendants, bien qu'ils ne soient pas tuteurs; mais le texte ne le permet pas (3).

Si l'acceptation a eu lieu dans l'intérêt d'une femme mariée ou d'un mineur non émancipé ou d'un interdit sans l'observation des formalités légales, la donation sera-t-elle inexistante ou simplement annulable? La question revient à savoir si les prescriptions dont il s'agit sont uniquement constitutives d'une règle de capacité, auquel cas il faudrait décider, par application de l'art. 1125, que l'incapable seul peut

(1) AUBRY et RAU, § 659, texte et note 6; DEMANTE, t. IV, n° 72 *bis* III; DEMOLOMBE, t. XX, n° 161; *Contrà*, LAURENT, t. XII, n°s 242, 660.

(2) DEMOLOMBE, t. XX, n° 181.

(3) DEMANTE, t. IV, n° 74 *bis* VII; LAURENT, t. XII, n° 250; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 471; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XX, n° 192.

se prévaloir de leur inobservation, ou bien au contraire si ces prescriptions ne sont pas plutôt érigées, pour la matière qui nous occupe, en règles de forme dont l'inobservation peut être invoquée par toute personne intéressée, même par le donateur, même par les créanciers de ce dernier?

Une observation bien simple semble devoir trancher la controverse assez vive qui s'est élevée à cette égard. Si le législateur avait entendu laisser les donations, en ce qui touche le point litigieux, sous l'empire de l'art. 1125, il n'avait qu'à garder le silence et aucune difficulté n'aurait pu surgir sur l'application pure et simple de cet art. 1125. Mais il est au contraire entré dans des détails qui démontrent bien son intention de déroger à la règle de l'art. 1125, et nous ajoutons que, dans le système adopté par le Code, cette dérogation était nécessaire. Tout ce que nous avons déjà observé, notamment en ce qui touche les donations déguisées et les autres donations affranchies des formes solennelles dont l'ensemble constitue le régime légal des donations, prouve avec la dernière évidence que tout ce qui touche à l'acceptation est devenu, intentionnellement, une règle de forme. La place qu'occupent les art. 934 et 935, le langage de la loi dans les art. 938 et 1339, achèvent de démontrer que les donations irrégulièrement acceptées au nom d'un incapable, sont inexistantes, en d'autres termes, suivant la formule consignée par Joubert dans son rapport au Tribunat : « que l'acceptation qui ne lierait pas le donataire ne saurait engager le donateur, » et la Cour de cassation a confirmé cette formule (1).

(1) Cass. 15 juill. 1889, S. 89, 1, 412; AUBRY et RAU, § 652; DEMANTE, t. IV, n° 73 *bis*; LAURENT, t. XII, n° 259; PARADAN, *Revue critique*, 1875, p. 173; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 471; *Contrà*, DURANTON, t. VIII, n° 435; MARCADÉ. sur l'art. 935; DEMOLOMBE, t. IV, n° 348, et t. XX, n° 219; MOURLON, t. II, n° 672.

§ 2. — Libéralités adressées à des personnes morales.

196. — Une autorisation spéciale est nécessaire pour les donations, art. 937 ; il en est de même pour les legs.
197. — Nomenclature des représentants légaux des diverses personnes morales.
198. — Faculté d'acceptation provisoire accordée à certaines de ces personnes.
199. — Effets de l'acceptation provisoire.
200. — Actes conservatoires.
201. — Comment et par qui l'autorisation d'accepter doit être donnée.
202. — Comment est saisie l'autorité compétente à cet effet.
203. — Décisions diverses que peut prendre le Conseil d'État.
204. — *Quid* si un tiers a été substitué à l'établissement légataire pour le cas où la libéralité serait réduite ?
205. — De la désignation d'un légataire universel en vue de la même hypothèse.
206. — A qui profite le bénéfice résultant de la réduction ; autres effets de la réduction.
207. — Du droit d'accorder ou de refuser d'office l'autorisation.
208. — Voies de recours.

196. Les donations adressées à des personnes morales, ou de création juridique, devaient aussi attirer l'attention du législateur au point de vue spécial de leur acceptation. Le principe général sur ce point est ainsi formulé :

> ART. 937. Les donations faites au profit d'hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique, seront acceptées par les administrateurs de ces communes ou établissements, après y avoir été dûment autorisés.

Le Code n'avait à s'occuper de l'acceptation par les personnes morales qu'au point de vue de la perfection du contrat de donation. Voilà pourquoi l'art. 937 parle seulement des donations. Mais la nécessité d'une autorisation existe également pour les legs ainsi que cela résulte de l'ordonnance du 2 avril 1817 et de plusieurs autres textes. Du reste, ces règles sont les mêmes pour les legs que pour les dons, et c'est sous la rubrique *Dons et legs*, que la matière est ordinairement traitée.

197. L'acceptation ne peut être faite que par le représentant légal de la personne morale gratifiée.

Pour l'Etat, c'est le ministre que la matière concerne, qui accepte, ou le ministre des finances si la libéralité ne comporte aucune charge.

Pour les départements, ce sont les préfets, dans les conditions indiquées par les art. 53 et 54 de la loi du 10 août 1871;

Pour les communes et sections de communes, par les maires, dans les conditions indiquées par les art. 111 et 112 de la loi du 5 avril 1884;

Pour les syndicats de communes, par le président du comité d'administration (Loi du 5 avril 1884, art. 171, 173; Loi du 22 mars 1890).

Les libéralités faites en faveur des pauvres d'une commune sont acceptées par le bureau de bienfaisance, ou, s'il n'y a pas de bureau de bienfaisance par le maire, au nom des pauvres et sur l'avis du conseil municipal (Ord. 2 avril 1817, art. 3; L. 5 avril 1884, art. 70, 5°). L'acceptation est faite par le préfet, si le bénéfice de la libéralité s'étend à un canton, à un arrondissement ou à un département; par le ministre de l'intérieur si les pauvres de plusieurs départements sont gratifiés (Avis Cons. d'Etat du 15 janv. 1837). Enfin le ministre des affaires étrangères accepte les dons et legs faits au profit des Français indigents résidant à l'étranger.

A Paris, c'est le directeur de l'administration générale de l'assistance publique et non le préfet de la Seine qui représente les pauvres.

Les dons et legs faits aux hôpitaux et hospices communaux, ainsi qu'aux bureaux de bienfaisance, sont acceptés par leurs commissions administratives (L. 7 août 1851, art. 9 et 11), sur l'avis du conseil municipal (L. 5 avril 1884, art. 70, 5°), et à Paris par le directeur de l'administration de l'assistance publique, sur l'avis du conseil de surveillance (L. 10 janv. 1849, art. 5), et du conseil municipal.

Les dons et legs faits à la caisse nationale des retraites pour la vieillesse et aux caisses d'assurances en cas de décès et en cas d'accidents, sont acceptés par l'administration de la Caisse des dépôts et consignations.

Quant aux libéralités faites aux autres établissements de prévoyance ou d'assistance publique, aux établissements d'instruction publique, elles sont acceptées par leurs directeurs, présidents, administrateurs, secrétaires perpétuels, suivant les indications contenues dans les textes spéciaux qui les régissent (1).

Pour les établissements religieux et congrégrations autorisées, quelques détails sont nécessaires à cause de l'importance pratique du sujet.

Les dons et legs faits aux évêchés, églises, cathédrales et séminaires, sont acceptés par les évêques. Pour les chapitres l'acceptation est faite par leurs doyens; pour les cures et succursales, par les curés et desservants; pour les églises curiales et succursales et les chapelles simples ou vicariales, par leurs fabriques (Ord. 2 avril 1817, art. 3).

La fabrique est représentée par son trésorier, agissant d'après les instructions du bureau des marguilliers et sur l'avis de l'archevêque ou évêque diocésain (Décr. 30 déc. 1809, art. 59).

D'après l'art. 1er de la loi du 7 mai 1826, lorsque la personne désignée à raison de sa qualité pour donner l'acceptation ci-dessus sera elle-même donatrice, elle sera remplacée pour la formalité de l'acceptation, savoir : l'évêque par le premier vicaire général, si la donation concerne l'évêché; par le supérieur du séminaire, s'il s'agit d'une libéralité faite au profit de cet établissement, et par le trésorier de la fabrique cathédrale, si la donation s'adresse à la cathédrale; le doyen du chapitre par le plus ancien chanoine après lui; le curé et le

(1) Voy. TISSIER, *loc. cit.*, nos 144 à 149, 153.

desservant par le trésorier de la fabrique; le trésorier par le président.

Pour les congrégations religieuses légalement reconnues, l'acceptation est faite par le supérieur ou la supérieure (Ord. 2 avril 1817, art. 3). Si la donation émane du supérieur ou de la supérieure elle sera acceptée par l'ecclésiastique désigné pour suppléer le directeur en cas d'absence, ou par la religieuse qui vient immédiatement après la supérieure dans le gouvernement de la communauté (Ord. 7 mai 1826, art. 1).

Les dons et legs faits aux conseils presbytéraux et consistoires de l'église réformée sont acceptés par ces conseils presbytéraux et ces consistoires eux-mêmes (Ord. 2 avril 1817, art. 3). Il en est de même pour les conseils presbytéraux, consistoires et synodes particuliers de l'église évangélique de la Confession d'Augsbourg (L. 1er août 1879, art. 10, 14, 19).

L'acceptation des dons et legs concernant le culte israélite a lieu par les soins des consistoires départementaux (Ord. 25 mai 1844, art. 64).

Le conseil municipal est toujours appelé à donner son avis sur l'acceptation des dons et legs faits dans l'intérêt d'un culte dont les ministres sont salariés par la nation.

198. Régulièrement, les représentants légaux des personnes morales ne peuvent fournir leur acceptation que si elle a été précédée d'une autorisation gouvernementale; c'est ce que dit formellement l'art. 937. Il résulte encore de cet article combiné avec l'art. 932 que le donateur conservait, durant la période, souvent assez longue, nécessaire pour l'accomplissement des formalités administratives, la faculté de révocation. D'un autre côté il pouvait décéder avant que l'autorisation d'accepter fût accordée, et alors la donation devenait caduque.

Il a été obvié à ces divers inconvénients par la faculté d'une acceptation provisoire qui a été accordée à certaines personnes morales. Les représentants de ces personnes peu-

vent en effet donner à titre provisoire, une acceptation à la date de laquelle remonte ensuite l'effet de la décision administrative qui intervient ultérieurement (1).

Les personnes morales qui jouissent du bénéfice de l'acceptation provisoire sont les suivantes :

1° Les départements par l'organe des préfets (L. 10 août 1871, art. 53);

2° Les communes, sections de communes ou quartiers de communes, par l'organe des maires (L. 5 avril 1884, art. 113). Le maire n'a plus besoin aujourd'hui d'une délibération du conseil municipal pour accepter à titre provisoire (2).

Pour les syndicats de communes il n'existe aucune disposition dans la loi du 22 mars 1890.

3° Les hospices et hôpitaux, par l'intermédiaire du président de la commission administrative, en vertu d'une délibération de cette commission (L. du 7 août 1851, art. 11).

4° Les bureaux de bienfaisance; c'est ce que décidait la Cour de cassation en les considérant comme étant au nombre des *établissements communaux* dont parlait l'art. 48 de la loi du 18 juillet 1837 (3); mais comme la loi du 5 avril 1884 ne fait aucune allusion aux dons et legs concernant les établissements communaux, on ne pourrait maintenir aujourd'hui cette décision qu'en rangeant les bureaux de bienfaisance au nombre des établissements charitables dont parle la loi du 7 août 1851, art. 11 (4).

5° Les pauvres dans les communes où il n'y a pas de bureau de bienfaisance, représentés par le maire qui doit agir en leur nom.

6° L'administration de l'Assistance publique à Paris (L. 18 juillet 1837, art. 48; L. 14 avril 1871).

(1) Cass. 12 nov. 1866, S. 66, 1, 443.
(2) Tissier, *loc. cit.*, n° 156.
(3) Cass. 12 nov. 1866, S. 66, 1, 443.
(4) Tissier, *loc. cit.*, n° 158.

7° Les sociétés de secours mutuels, déclarées établissements d'utilité publique, par l'intermédiaire de leurs gérants et administrateurs (L. 15 juillet 1850, art. 7). Le même avantage n'est pas accordé aux sociétés de secours mutuels simplement approuvées par arrêté préfectoral en vertu du décret du 26 mars 1852.

Telles sont les seules personnes morales qui jouissent du bénéfice de l'acceptation provisoire; nulle autre ne pourrait le réclamer (1), pas même l'État.

199. En ce qui touche les legs, l'avantage de l'acceptation provisoire consiste en ce que l'établissement légataire pourra introduire une demande en délivrance (L. 5 avril 1884, article 113) qui fera courir les fruits et intérêts de la chose léguée, si l'autorisation d'accepter est finalement accordée; inutile de dire qu'une demande tendant au paiement immédiat du capital légué serait irrecevable (2).

S'il s'agissait d'un legs universel, aucune acceptation ne serait nécessaire, en l'absence d'héritiers à réserve (3). Si, dans la même hypothèse, le legs résultait d'un testament olographe ou mystique, l'établissement légataire jouissant du droit d'acceptation provisoire, pourrait, avant l'autorisation, obtenir son envoi en possession (art. 1008) afin de gagner les fruits, en cas d'autorisation, à compter du jour du décès du testateur (art. 1006) (4).

L'effet rétroactif de l'acceptation provisoire a fait naître la question de savoir si le droit de mutation est exigible sur l'acceptation provisoire ou après l'autorisation. Il semble que le transfert de propriété ne s'opère qu'au moment de l'autorisation, jusque-là l'établissement gratifié ne pouvait recevoir. La fiction qui donne à cette autorisation un effet rétroactif

(1) Caen, 3 mars 1879, S. 81, 1, 125.
(2) Cass. 22 août 1881, D. 82, 1, 476.
(3) Cass. 4 déc. 1866, D. 67, 1, 107.
(4) Cass. 12 déc. 1871.

ne peut être retournée contre l'établissement pour lui faire payer un droit qu'elle ne pourrait plus répéter en cas de de refus ou de réduction (1).

200. En ce qui touche les actes conservatoires, en matière de legs, l'art. 5 § 2 de l'Ord. du 2 avril 1817 accorde aux représentants de tous les établissements publics et d'utilité publique, la facilité d'y procéder. Il s'agit des mesures qui n'impliquent pas nécessairement l'intention d'accepter la libéralité, mais tendent à empêcher la valeur léguée de périr ou de disparaître, par exemple prendre inscription sur les immeubles héréditaires (2), provoquer la nomination d'un administrateur provisoire de la succession (3), et défendre la validité d'un legs en litige qu'elle n'a pas encore obtenu l'autorisation d'accepter (4).

201. Les personnes morales à qui une autorisation régulière a attribué l'existence civile, ont encore besoin d'une autorisation spéciale pour acquérir à titre gratuit, soit par dons soit par legs. Cette autorisation est motivée surtout par la nécessité de prévenir le développement exagéré des biens de mainmorte. A défaut d'une telle autorisation le legs ou la donation ne peuvent produire aucun effet.

Cependant, comme l'art. 68 de la loi du 5 avril 1884 ne soumet à l'approbation de l'autorité supérieure, c'est-à-dire du préfet en conseil de préfecture, que les délibérations des conseils municipaux portant sur « l'acceptation des dons et legs faits à la commune lorsqu'il y a des charges ou conditions ou lorsqu'ils donnent lieu à des réclamations des familles, » il en résulte qu'en dehors de ces circonstances spéciales, la délibération relative à une libéralité dont est gratifiée la commune est

(1) Gautier, *Précis des mat. admin.*, p. 70.
(2) Cass. 1er fév. 1875, D. 75, 1, 219 ; Tissier, *loc. cit.*, n° 169.
(3) Paris, 18 nov. 1871, D. 72, 2, 69.
(4) Bordeaux, 29 mars 1887, D. 88, 2, 261 ; Comp. Cass. 4 déc. 1866, D. 67, 1, 107.

exécutoire par elle-même, sauf au préfet à en déclarer, s'il y a lieu, la nullité en conseil de préfecture, (art. 63 à 66). S'il y a réclamation des prétendants-droit à la succession, l'autorisation est accordée par décret rendu en Conseil d'État, quelle que soit la quotité ou la nature du legs (article 111, § 2).

Si le conseil refuse le don ou le legs, le Préfet pourra, par un arrêté motivé, inviter le conseil municipal à revenir sur sa première délibération; le refus ne sera définitif que si, par une seconde délibération, le conseil déclarait y persister (art. 112).

Pour les départements, c'est le conseil général qui statue définitivement sur l'acceptation ou le refus des dons et legs ne donnant pas lieu à réclamation, quand même ces dons ou legs seraient affectés de charges ou conditions (Voy. L. 10 août 1871, art. 46, § 5 et art. 47).

En ce qui touche l'acceptation des dons et legs faits aux colonies, les conseils généraux de celles-ci statuent définitivement dans des cas qui varient d'une colonie à l'autre. Cependant l'absence de réclamation de la part des familles est partout exigée pour attribuer cette compétence en dernier ressort au conseil général (1).

Pour les établissements publics ou d'utilité publique, l'autorisation est donnée par décret lorsqu'il s'agit :

1° Des *caisses des écoles* (Loi du 30 octobre 1886, abrogeant la loi du 10 avril 1867);

2° Des *fabriques*, nonobstant le décret du 15 février 1862 qui n'a pas pu porter atteinte à la loi du 2 janvier 1817;

3° Des sociétés de *secours mutuels* approuvées par arrêté préfectoral, pour les dons ou legs mobiliers dont la valeur excède 5000 francs.

4° Et généralement des personnes morales à l'égard des-

(1) Tissier, *loc. cit.*, p. 239, note 1.

quelles une précision particulière et différente de compétence n'a pas été faite.

L'autorisation est donnée par le préfet :

1° Pour les établissements de *bienfaisance* quand il n'y a pas réclamation de la part des familles (Décret du 25 mars 1852, tableau A, n° 42 et n° 45 lettre V).

2° Pour les *sociétés de secours mutuels* approuvées par arrêté prefectoral, ou déclarées établissements d'utilité publique, quant aux legs et dons mobiliers n'excédant pas cinq mille francs (Décret du 25 mars 1852, art. 17).

3° Pour les *sociétés de charité maternelle* quand il n'y a pas réclamation (Décret du 25 mars 1852, tableau A, n° 28).

L'autorisation est donnée par le sous-préfet, en vertu d'un décret du 13 avril 1861, dont la légalité est contestable :

Aux bureaux de bienfaisance, pour les dons et legs mobiliers dont la valeur n'excède pas trois mille francs et s'il n'y a pas réclamation des héritiers.

Quand il s'agit de libéralités soit connexes, soit collectives, faites par le même acte entre-vifs ou testamentaire, les unes à un établissement ecclésiastique, les autres à un établissement public communal, il doit être statué par décret sur l'ensemble des dites libéralités (1).

202. C'est naturellement aux parties intéressées qu'il appartient de saisir l'autorité administrative de la demande en autorisation d'acceptation.

Il n'y a pas de difficulté quand il s'agit d'une donation entre-vifs que les parties ne peuvent ignorer. Quand il s'agit d'une libéralité testamentaire, elle doit, d'après l'art. 5 de l'ordonnance du 2 avril 1817, être portée à la connaissance de l'établissement légataire par le notaire dépositaire du testament, lors de l'ouverture ou de la publication dudit testa-

(1) Avis du Cons. d'Etat du 16 fév. 1869, S., *Lois annotées*, 1869, p. 402.

ment; l'établissement ainsi avisé ou les héritiers saisissent le préfet de l'affaire.

D'autre part, le décret du 30 juillet 1863 dispose que le notaire devra transmettre sans délai au préfet du département compétent pour l'autorisation, après l'ouverture du testament, un état sommaire des dispositions de cette nature, indépendamment de l'avis qu'il est tenu de donner aux légataires en exécution du texte précité. Cette double communication rend impossible toute collusion entre les héritiers et l'établissement légataire ayant pour but d'éluder le contrôle de l'administration.

Le dossier étant complété, le préfet pourra statuer s'il est compétent. Si un décret est nécessaire le dossier sera transmis à l'administration centrale.

Nous devons à cet égard faire observer qu'aux termes de l'art. 4 de l'ordonnance du 14 janvier 1831, les donations faites à des établissements ecclésiastiques ou religieux avec réserve d'usufruit en faveur du donateur, ne peuvent pas être présentées à l'autorisation du gouvernement. Cette disposition a été étendue aux établissements de bienfaisance par une circulaire du ministre de l'intérieur du 5 décembre 1863 (1). Mais cette circulaire n'est obligatoire que pour les préfets, et n'entacherait pas de nullité l'autorisation d'accepter une donation de ce genre, qui serait accordée à un établissement de bienfaisance (2).

203. L'instruction de l'affaire devant le Conseil d'Etat peut aboutir à une décision portant qu'il *n'y a pas lieu de statuer*, si la libéralité s'adresse à un établissement dépourvu d'existence légale, et que le gouvernement ne juge pas à propos de le reconnaître, comme il le fait quelquefois, pour le rendre habile à recevoir le don ou le legs.

(1) D. 64, 3, 24.
(2) Tissier, *loc. cit.*, n° 127.

Différemment le Conseil d'Etat peut refuser l'autorisation pour le tout, la refuser pour partie, c'est-à-dire réduire la libéralité, ou accorder l'autorisation pour le tout.

En cas d'autorisation d'accepter un legs universel ou à titre universel, le gouvernement déclare en même temps que l'acceptation ne pourra avoir lieu que sous bénéfice d'inventaire. Les ordonnances et arrêtés d'autorisation « déterminent pour le plus grand bien des établissements, l'emploi des sommes données et prescrivent la conservation ou la vente des effets mobiliers, lorsque le testateur ou le donateur auront omis d'y pourvoir. » (Ord. 2 avril 1817, art. 4).

204. Le Conseil d'Etat peut proposer simplement une réduction du moins en matière de legs (1), car pour les donations, qui dérivent d'un contrat, il ne peut y avoir qu'autorisation entière ou refus d'autorisation. Ce droit de réduction a fait naître une difficulté dans le cas où le testateur prévoyant une réduction, aurait substitué un tiers à l'établissement légataire, si la libéralité venait à être réduite par le Conseil d'Etat.

La Cour de cassation a décidé avec raison que « le droit général d'autorisation ou de refus pour le tout restait plein et entier entre les mains du gouvernement, et que la gêne qu'il pouvait éprouver dans l'exercice de ce droit, ne pouvait être un motif légal d'annuler des dispositions testamentaires, régulières en la forme et au fond (2). » Cela est d'évidence et nous ne comprenons pas les critiques dont la décision de la Cour suprême a été l'objet. D'abord le Conseil d'Etat n'a pas à tenir compte de l'intérêt de la famille, puisque le testateur à eu le droit et la volonté de préférer le légataire substitué à la famille ; quant à l'intérêt de l'établissement légataire, le testateur qui aurait pu ne lui rien laisser peut mettre à la libéralité la condition qu'il veut ; reste l'intérêt politique

(1) *Contrà*, MORILLOT, *Revue critique*, 1873, p. 170.

(2) Cass. 25 mars 1863, D. 63, 1, 113 et sur renvoi : Amiens, 24 juill. 1863, D. 63, 2, 158.

et économique, or cet intérêt est pleinement sauvegardé par le droit de refuser l'autorisation auquel la substitution ne touche pas. C'est ce dernier intérêt qui est seul d'ordre public et la volonté du testateur doit avoir une pleine efficacité du moment qu'elle ne lui porte pas atteinte (1).

Dans des cas analogues à celui qui vient d'être examiné, il arrive quelquefois qu'un arrangement intervient, en dehors du légataire substitué, entre l'établissement légataire et la famille ou quelques membres de la famille, chacun retenant une fraction de l'hérédité ou de la la chose léguée. Ces arrangements ont été considérés comme des transactions et validés à ce titre par la Cour de cassation, par le motif que la condition de la substitution est ainsi défaillie; l'établissement légataire ayant accepté l'intégralité du legs à lui fait, le substitué ne peut prétendre qu'il y a eu réduction (2). Mais les arrangements dont il s'agit n'ont, à aucun point de vue, le caractère d'une transaction, et il est inadmissible qu'on puisse traiter avec quelques-uns seulement des héritiers *ab intestat*, et négliger les autres à cause de leur état de fortune (3).

205. Au lieu de substituer un tiers à l'établissement légataire pour le cas où la libéralité serait réduite, le testateur peut s'être borné à instituer purement et simplement un légataire universel. L'institution d'un légataire universel ne fait, par elle-même et alors qu'elle n'est pas déclarée constituer un fidéicommis, aucun obstacle à ce que le gouvernement, usant du droit qui lui appartient, accorde ou refuse aux communes ou établissements, l'autorisation d'accepter les legs qui leur sont faits, ou en autorise seulement l'exécution partielle.

(1) Gautier, *loc. cit.*, p. 71 ; Morillot, *loc. cit.*, p. 180; *Contrà*, Tissier, *loc. cit.*, n° 218.

(2) Cass. 18 janv. 1869, D. 72, 1, 61.

(3) Paris, 5 janv. 1878, *Gaz. Trib.*, 15 janv. 1878; Gautier, *loc. cit.*, p. 72; *Contrà*, Cass. 2 janv. 1877, D. 77, 1, 13.

Il importe peu que le bénéfice de cette réduction éventuelle doive revenir au légataire universel et non aux héritiers du sang, cette circonstance ne pouvant exercer aucune influence sur la détermination à prendre par le gouvernement. Le legs universel ne saurait donc être déclaré nul par l'unique motif qu'il n'aurait d'autre but que de faire échec aux dispositions de l'art. 937 (1).

206. Nous venons de dire que le bénéfice résultant de la réduction doit profiter au légataire universel et non aux héritiers du sang; on a soutenu, il est vrai, et jugé quelquefois (2), que le pouvoir de limiter au moyen d'une autorisation restreinte l'étendue des libéralités laissées à des établissements publics a été conféré au gouvernement dans l'intérêt des familles, et que par suite l'exercice de ce pouvoir doit tourner uniquement au profit des héritiers du sang. Mais la conclusion est absolument fausse; de ce que la considération de l'intérêt des familles n'est pas tout à fait étrangère à l'exercice du droit de réduction qui est surtout motivé par des raisons d'ordre public et économique, il ne faut pas en induire qu'il soit permis de refaire le testament du disposant et de méconnaître la volonté souveraine de celui qui a cru devoir désigner un légataire universel (3), pourvu, bien entendu, qu'il s'agisse d'un légataire universel sérieux (4).

La décision du Conseil d'État qui réduit l'émolument d'un legs universel, n'en change pas pour cela la nature (5) ; c'est ainsi qu'il a été jugé que, par « application de l'art. 1006, une commune légataire universelle, peut jusqu'à concurrence de la quotité maintenue à son profit, réclamer les fruits des

(1) Cass. 1er mars 1893, D. 93, 1, 177.

(2) Nancy, 19 nov. 1888, D. 90, 2, 23.

(3) Planiol, *Revue critique*, 1891, *Examen doctrinal*, p. 484 ; arrêt précité du 1er mars 1893 ; Cass. 13 juill. 1868, D. 69. 1, 124.

(4) Cass. 30 nov. 1869, D. 70, 1, 202.

(5) Cass. 18 oct. 1892, D. 92, 1, 619.

choses léguées à partir du décès du testateur (1). » Mais quoique le legs demeure universel, malgré la réduction, il n'en faut pas conclure que le légataire universel paiera toutes les dettes ; car lorsqu'il vient en concours avec les héritiers du sang, il ne paie les dettes qu'à concurrence de sa part (2).

Voilà donc une hypothèse où l'héritier institué se trouve réduit à une fraction, et où les héritiers légitimes prennent le résidu. Cela n'est-il pas en opposition avec la règle de logique que nous avons démontrée être toujours en vigueur : *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest ?* Il est certain que non, et le cas envisagé n'en est au contraire qu'une application : L'héritier institué ne pourrait évidemment limiter son acceptation à une partie ; comment donc, si c'est un établissement public, pourrait-il avoir cette faculté par l'intermédiaire du gouvernement ? C'est impossible ; aussi la Cour de cassation décide-t-elle, comme on vient de le voir, qu'il demeure héritier. Donc les créanciers héréditaires ont contre lui action pour le tout ; ils n'ont pas à se préoccuper de la mesure prise par le gouvernement.

Ce cas ressemble à celui déjà indiqué où un étranger à la famille, nommé légaraire universel, s'entendrait avec elle pour lui abandonner une quotité de biens. Par cela même qu'il se contente d'une portion, il se prévaut du testament et devient héritier. Si les membres de la famille retirent quelque émolument de cet arrangement, ce n'est pas en qualité d'héritiers légitimes ; ils doivent d'ailleurs, ainsi que nous l'avons vu, contribuer aux dettes proportionnellement. La maxime : *nemo partim...* est donc respectée (3).

Du reste, le pouvoir exécutif limite comme il l'entend le bénéfice des legs, sans se préoccuper de leur nature, et

(1) Cass. 4 déc. 1866, D. 67, 1, 107.
(2) Gautier, *loc. cit.*, p. 73.
(3) Voy. Massol, *loc. cit.*, p. 490.

l'établissement légataire ne peut rien prétendre au delà, quand même le legs réduit serait universel. Ainsi le bureau de bienfaisance qui a été autorisé à n'accepter que la moitié d'un legs d'immeubles *déterminés par le décret*, ne saurait, sans le prétexte que son legs est à titre universel, prétendre à aucun droit sur d'autres immeubles légués par le même testateur à une commune qui n'a pas été autorisée à accepter (1). Voilà un cas où, par rapport au dernier legs fait à la commune, le refus d'autorisation profite aux héritiers du sang, et non à l'établissement légataire universel qui ne peut rien recevoir au delà de la limite qui lui a été imposée.

207. Demandons-nous si le droit d'autorisation qui appartient au gouvernement, emporte pour lui le pouvoir de statuer d'office, c'est-à-dire de forcer la commune ou l'établissement public à répudier ou à accepter malgré eux la libéralité qui leur est faite. Nous ne pensons pas que la question puisse être soulevée à l'égard des établissements d'utilité publique qui sont indépendants, quant à la gestion de leurs intérêts, au moins en ce qui touche l'autorisation.

Le droit d'autoriser d'office existe toujours, à moins qu'une disposition législative spéciale ne l'ait supprimé à l'égard d'une personne morale déterminée. C'est ce qui a été fait pour les communes (L. 5 avril 1884, art. 112) et pour les départements s'il n'y a pas opposition des ayants-droit (L. 10 août 1871, art. 46, n° 5).

Le gouvernement peut, à plus forte raison, refuser d'office l'autorisation (2), afin d'empêcher les établissements gratifiés de retrancher dans une inertie calculée et de laisser les droits des héritiers en suspens durant trente ans (3); il peut encore prononcer une réduction d'office.

(1) Cass. 23 fév. 1886, S. 88, 1, 471 ; Voy. cep. Cons. d'Etat, 27 nov. 1885, D. 87, 5, 158.

(2) Arg. Cons. d'Etat, 16 mai 1873, D. 74, 3, 52.

(3) Tissier, *loc. cit.*, n° 225.

208. L'autorisation, quand elle intervient, n'est jamais donnée que sous réserve du droit des tiers. Par conséquent : « elle ne fait aucun obstacle à ce que les tiers intéressés se pourvoient par les voies de droit contre les dispositions dont l'acceptation aura été autorisée (Ord. du 2 avril 1817, art. 7).

Par conséquent lorsque les héritiers se prétendent lésés dans leurs droits privés soit par le fait même de l'acceptation, soit par les termes dans lesquels elle a été libellée, ils doivent directement porter leur action devant l'autorité judiciaire, et non devant le Conseil d'État pour excès de pouvoir (1).

Jusqu'en 1882 lorsque des pourvois pour excès de pouvoir étaient dirigés contre des décrets ou des arrêtés d'autorisation, et qu'ils se fondaient sur l'incompétence de l'autorité ayant statué, ou sur la violation des formes prescrites par les lois ou les règlements, le Conseil d'Etat statuait au fond ; mais cette jurisprudence est aujourd'hui abandonnée. Le Conseil rejette les pourvois par le motif que l'autorisation accordée ne met pas obstacle à ce que les parties fassent valoir devant l'autorité judiciaire les droits dont elles se prétendent investies (2).

Les parties devront donc saisir l'autorité judiciaire comme si l'autorisation accordée n'existait pas, mais sans conclure à l'annulation de la dite autorisation.

§ 3. — Effets des donations. — Transcription.

209. — Transfert de la propriété des objets donnés, art. 938.
210. — Nécessité de la transcription pour les immeubles, art. 939, 940.
211. — Personnes pouvant requérir la transcription.
212. — Personnes devant requérir la transcription.

(1) Trib. conflits, 11 déc. 1875, D. 76, 3, 52 ; Cons. d'État, 9 août 1880, 81, 3, 92 ; Cass. 2 janv. 1877, D. 77, 1, 13.

(2) Cons. d'État, 4 août 1882, D. 84, 3, 89 ; Cons. d'État, 22 mai 1885, D. 87, 3, 8 ; Voy. cep. 6 août 1887, D. 88, 3, 125 et la note ; Tissier, *loc. cit.*, n°s 237 à 239.

213. — But de la transcription. Qui peut opposer le défaut de transcription, art. 941.
214. — *Quid* des héritiers du donateur ?
215. — Personnes non recevables à opposer le défaut de transcription.
216. — Responsabilité des maris ou tuteurs, art. 942.

209. Le but final de toute donation est le transfert gratuit d'une chose dans le patrimoine du donataire. Par conséquent si nous supposons observées toutes les règles qui viennent d'être exposées :

ART. 938. La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties ; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition (*).

C'est-à-dire sans qu'il soit besoin d'une tradition de fait rendue inutile par la tradition civile résultant d'un consentement manifesté dans les formes légales. Ce transfert de propriété ne soumet le donateur à aucune garantie en cas d'éviction, à moins qu'il n'ait formellement promis la garantie, ou que la donation ait été faite en faveur du mariage (art. 1440 et 1547) ; s'il avait agi de mauvaise foi en donnant sciemment une chose qui ne lui appartenait pas, il devrait indemniser le donataire des suites de son dol.

La loi suppose dans le texte ci-dessus, que la donation avait pour objet un corps certain. Si elle avait pour objet une chose indiquée seulement *in genere*, le transfert de la propriété aurait lieu seulement quand la chose donnée serait individualisée par le fait de la livraison.

S'il s'agit d'un meuble corporel la propriété en sera transférée d'une manière absolue; s'il s'agit d'un meuble incorporel, c'est-à-dire d'une créance, il faudra pour que le donataire en soit saisi à l'égard des tiers, l'accomplissement de l'une des formalités prescrites par l'art. 1690.

210. Pour les immeubles, il était nécessaire de rendre

(*) Art. 938. — PAUL, *Sent.*, lib. 4, tit. 1 § 15 ; L. 1, 28, 35 § 5, C. 8, 54, *De donat.*

publiques les donations destinées à en procurer la transmission. Fallait-il laisser ces donations soumises au régime de la transcription inauguré par la loi du 11 brumaire an VII? Ce n'était pas possible, car on était d'accord pour ne rien préjuger sur le système hypothécaire à adopter plus tard. Fallait-il revenir à l'ancienne insinuation, formalité étrangère aux aliénations à titre onéreux? Cela fut proposé, mais fut repoussé, car l'insinuation s'appliquant même aux donations mobilières paraissait une formalité souvent embarrassante et inutile. En conséquence on prit un moyen terme, et, sans vouloir engager l'avenir, on appliqua aux donations d'immeubles, sous le nom de transcription, un système mixte qui a permis de dire : « que ce n'est pas le système hypothécaire de l'an VII que l'on a conservé ici pour partie, mais que ce que nous avons aujourd'hui dans la loi, c'est l'ancienne insinuation transformée et opérant désormais sous un nom nouveau (1). »

Ce régime de publicité est ainsi organisé :

Art. 939. Lorsqu'il y aura donation de biens susceptibles d'hypothèques, la transcription des actes contenant la donation et l'acceptation, ainsi que la notification de l'acceptation qui aurait eu lieu par acte séparé, devra être faite aux bureaux des hypothèques dans l'arrondissement desquels les biens sont situés (*).

Art. 940. Cette transcription sera faite à la diligence du mari, lorsque les biens auront été donnés à sa femme ; et si le mari ne remplit pas cette formalité, la femme pourra y faire procéder sans autorisation. — Lorsque la donation sera faite à des mineurs, à des interdits ou à des établissements publics, la transcription sera faite à la diligence des tuteurs, curateurs ou administrateurs.

Il faut observer :

1° Que la transcription exigée par la loi concerne seulement les biens susceptibles d'hypothèques, c'est-à-dire les immeubles et leurs accessoires réputés immeubles, l'usufruit des mêmes biens pour le temps de sa durée (art. 2118), et les

(*) Art. 939. — L. 25, 27, 30, 32, § 3, C. 8, 54, *De donat.*

(1) Planiol, *Une donat. imm. non transcrite*, etc., *Revue critique*, 1880, p. 169.

actions de la Banque de France (Décret du 16 janvier 1808). A cette nomenclature il faudrait ajouter, d'après la jurisprudence, le droit d'emphytéose; mais cette solution pourrait tout au plus être soutenue pour l'emphytéose en Tunisie (Voy. t. IV, n° 73);

2° Que les donations ayant pour objet l'établissement d'une servitude, d'un droit d'usage sur un immeuble ou d'un droit d'habitation ne sont pas soumises à la transcription en vertu de l'art. 939;

3° Que ces dernières donations ne sont pas davantage soumises à la transcription en vertu de la loi du 23 mars 1855, dont l'art. 11 porte qu'il n'est point dérogé aux dispositions du Code civil relatives à la transcription des actes portant donation, qui continueront à recevoir leur exécution (1). Mais cette solution est fortement contestée;

4° Que la transcription n'est exigée que dans les rapports des parties avec les tiers, et non quand il s'agit d'apprécier les rapports des parties entre elles (2);

5° Qu'elle ne concerne pas les institutions contractuelles prévues par les art. 1082 et 1083 (3).

211. La faculté de faire opérer la transcription appartient à certaines personnes, qui sont :

Le donataire lui-même, capable ou même incapable, et, dans le cas où il est incapable, sans qu'il ait besoin d'aucune autorisation ou assistance; l'évidence de son intérêt suffit à l'autoriser pour requérir cette mesure conservatoire;

Le donateur;

Les successeurs universels ou particuliers et les créanciers du donataire (art. 724, 1009, 1012, 1166, 2192, 2193);

Les parents ou amis de la femme mariée, du mineur ou de

(1) Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 479.
(2) Dijon, 11 fév. 1887, S. 88, 2, 86.
(3) Cass. 15 mai 1876, D. 77, 1, 195.

l'interdit donataire, ainsi que le procureur de la République (arg. art. 2139, 2194);

Le mari, non administrateur des biens de la femme, le curateur du mineur émancipé, les ascendants du mineur (arg. art. 935).

En fait toute personne porteur de l'expédition authentique de l'acte de donation et des actes complémentaires peut requérir la transcription; mais les personnes ci-dessus désignées, précisément parce qu'elles sont autorisées à requérir la transcription, ont le droit de se procurer l'acte de donation pour y faire procéder (1).

212. D'autres personnes au contraire sont tenues de faire procéder à la transcription; ce sont :

Le mari, mais seulement quand son contrat de mariage lui donne l'administration des biens de sa femme;

L'ascendant qui a accepté une donation pour son descendant mineur;

Les tuteurs ou administrateurs lorsque la donation a été faite à des mineurs, à des interdits ou à des établissements publics.

C'est par inadvertance que l'art. 940 parle des curateurs. Le curateur du mineur émancipé et le conseil judiciaire ne sont pas obligés de poursuivre la transcription.

213. La transcription est destinée à prévenir les tiers ayant intérêt à connaître la donation, c'est-à-dire pouvant se trouver dans le cas de traiter avec le donateur au sujet de l'immeuble donné. Comme le Code n'a fixé aucun délai pour procéder à cette formalité, elle peut être accomplie à toute époque, même après la mort du donateur, sauf à ne produire effet qu'à partir de sa date.

Par conséquent ceux qui auront traité avec le donateur pour acquérir des droits réels sur l'immeuble donné, dans

(1) Demante, t. IV, n° 81 *bis* II; Demolombe, t. XX, n° 269.

l'intervalle qui a séparé la donation de la transcription, ne pourront pas être lésés par une donation que rien ne leur aura révélé officiellement :

ART. 941. Le défaut de transcription pourra être opposé par toutes personnes ayant intérêt, excepté toutefois celles qui sont chargées de faire faire la transcription, ou leurs ayants-cause, et le donateur.

On est généralement d'accord aujourd'hui pour comprendre au nombre des personnes intéressées pouvant opposer à ce titre le défaut de transcription :

1° Ceux qui ont acquis à titre onéreux du donateur lui-même l'immeuble donné, pourvu qu'ils aient fait transcrire leur titre d'acquisition conformément aux art. 1 et 3 de la loi du 23 mars 1855 ;

2° Tout donataire postérieur, à titre particulier, du même immeuble ; par conséquent le second donataire dont le titre sera transcrit, devra être préféré au premier dont le titre n'est pas transcrit ;

3° Les créanciers hypothécaires et même, en principe, les créanciers chirographaires du donateur (1) ;

4° Les légataires à titre particulier, la généralité des termes de l'art. 941 le veut ainsi.

Les difficultés qui s'étaient produites sur les points ci-dessus ne sont guère plus soulevées aujourd'hui. Il faut en dire autant de la question de savoir si, lorsque les tiers intéressés opposent le défaut de transcription, on peut être admis à prouver utilement contre eux qu'ils ont eu, par d'autres voies, connaissance de la donation. La jurisprudence s'est prononcée pour la négative, sauf dans le cas de fraude (2).

214. On est encore généralement d'accord pour reconnaître que les héritiers ou autres successeurs universels ou à titre

(1) Limoges, 18 fév. 1879, D. 80, 2, 126.

(2) Cass. 22 oct. 1889, S. 91, 1, 446; Toulouse, 19 août 1880, S. 81, 2, 121 ; *Contrà*, ARNTZ, t. II, n° 1900.

universel du donateur, ne peuvent pas opposer le défaut de transcription, par le motif que, succédant à toutes les obligations de leur auteur, la donation que le défunt devait tenir pour valable, quoique non transcrite, doit être également respectée par eux (1). Mais on soutient qu'il s'agit d'un droit qui leur appartiendrait en propre, et la question se réduit à l'interprétation de la volonté du législateur qui a pu, s'il l'a voulu, l'établir à leur profit. Or, à ce point de vue, M. Planiol a versé dans le débat des arguments nouveaux dont il est impossible de méconnaître la gravité :

« Le projet adopté dans la séance du Conseil d'État du 3 germinal an XI, fait remarquer M. Planiol, contenait un art. 51 ainsi conçu : « Le défaut de transcription pourra être opposé par toute personne ayant intérêt, excepté toutefois le donateur et les personnes chargées de faire faire la transcription ou leurs ayants-cause. » (Fenet, t. XII, p. 423). Le mot ayant-cause venant ainsi terminer l'article, se référait à la fois à tous ceux qui le précédaient, et comprenait les héritiers et autres successeurs à titre universel ou particulier du donateur, aussi bien que ceux des personnes chargées de faire faire la transcription. Mais par cette portée absolue, il faisait de l'article un non-sens, car il ne restait plus personne pour opposer le défaut de transcription : on exceptait de la règle tous ceux qu'elle aurait pu protéger. Telle n'avait pu être l'intention du Conseil d'Etat..... Ce fut le Tribunat qui s'aperçut du danger et le signala. Dans ses observations sur le projet qui lui était officieusement communiqué, il proposa de « dire à la fin : ou les ayants-cause de celles-ci, afin que ces mots; ne puissent se rapporter au donateur (Locré, t. XI, p. 315; Fenet, t. XII, p. 452). — L'attention du législateur ayant été

(1) Aubry et Rau, § 704, texte et note 27 ; Marcadé, sur l'art. 941 ; Demolombe, t. XX, n° 307 ; Baudry-Lacantinerie, t. II, 483 ; Cass. 1er août 1878, S. 79, 1, 483.

ainsi appelée spécialement sur ce point, s'il avait voulu, en replaçant sous l'empire de la règle qui permet d'attaquer la donation les ayants-cause particuliers du donateur, écarter néanmoins ses héritiers, il eût établi une distinction entre eux. C'est ce qu'il n'a pas fait : par la place donnée au mot ayant-cause, il les avait involontairement tous compris dans l'exception ; en le déplaçant, il les y a soustraits tous en bloc, et sciemment cette fois (1). »

Il semble donc difficile de soutenir que, dans la pensée du législateur, les héritiers du donateur sont encore exceptés, et qu'il faut les sous-entendre à la fin de notre article, puisqu'ils y figuraient d'abord expressément sous la qualification d'ayants-cause, et que l'article a été modifié précisément pour les en retirer.

215. Les personnes qui ne sont pas recevables à opposer le défaut de transcription, quand même elles auraient intérêt à la faire, sont :

1° Celles qui étaient chargées de faire elles-mêmes opérer la transcription;

2° Leurs ayants-cause quels qu'ils soient, le texte en effet ne distingue pas. La solution est néanmoins restreinte par quelques auteurs aux ayants-cause universels ou à titre universel, seuls tenus des obligations de leur auteur (2);

3° Le donateur;

4° Le donataire et ses ayants-cause à titre universel ou particulier, car ils ont figuré dans l'acte personnellement ou par leur auteur (3).

216. Les personnes obligées d'accepter pour les incapables,

(1) *Loc. cit.*, p. 172 ; Conf. BUGNET sur POTHIER, t. VIII, p. 389 ; DEMANTE, t. IV, n° 82 *bis* I ; MOURLON, t. II, n°s 701 et 702.

(2) AUBRY et RAU, § 704, texte et note 37 ; DEMOLOMBE, t. XX, n°s 326 et 327.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 483 ; Nancy, 27 juill. 1875, S. 76, 2, 129.

ou de requérir la transcription sont responsables de leur négligence à cet égard;

ART. 942. Les mineurs, les interdits, les femmes mariées, ne seront point restitués contre le défaut d'acceptation ou de transcription des donations; sauf leur recours contre leurs tuteurs ou maris, s'il y échet, et sans que la restitution puisse avoir lieu, dans le cas même où lesdits tuteurs et maris se trouveraient insolvables (*).

Il faut pour que le recours existe qu'une faute dommageable ait été commise par le représentant légal de l'incapable, par exemple une négligence entraînant des retards pendant lesquels l'auteur de l'offre meurt avant l'acceptation, ou pendant lesquels l'auteur de la donation acceptée, mais non encore transcrite, dispose des biens donnés au préjudice du donataire.

Dans ce dernier cas les personnes responsables du défaut de transcription et qui auraient indemnisé le donataire, auraient à leur tour une action récursoire contre le donateur.

§ 4. — Applications du principe de l'irrévocabilité des donations.

217. — Nullité des donations de biens à venir, art. 943; quels sont les biens présents.
218. — Quels sont les biens à venir.
219. — Application de la distinction aux donations de sommes payables au décès, ou à prendre sur les biens laissés, etc.
220. — *Quid* si l'actif est inférieur au passif?
221. — Conditions prohibées par l'art. 944; s'agit-il de conditions purement potestatives ou de conditions simplement potestatives?
222. — Donations à charge du paiement de certaines dettes, art. 945.
223. — Réserve par le donateur de disposer de valeurs comprises dans la donation, art. 946.
224. — Exception aux règles ci-dessus, art. 947. Critiques formulées contre ces règles.
225. — Etat estimatif requis en matière de donations d'objets mobiliers, art. 948; conséquences de son omission.

217. Le législateur, après avoir affirmé dans l'art. 894 la

(*) Art. 942. — L. 1, D. 27, 3, *De tut. et rat. distr.*

règle de l'actualité et de l'irrévocabilité des donations entre-vifs, revient sur la même idée, dans les quatre articles suivants, pour lui donner, si c'est possible, une plus grande précision.

Il s'occupe d'abord de déterminer, à ce point de vue, le caractère des biens qui peuvent entrer dans une donation actuelle et irrévocable :

ART. 943. La donation entre-vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur ; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard.

Il s'agit donc en définitive de distinguer les biens présents des biens à venir.

Le patrimoine de tout homme vivant comprend un actif et un passif qui sont flottants et variables jusqu'à sa mort, époque où il sera possible d'établir un bilan définitif. Nous négligeons les autres circonstances où, du vivant même d'une personne, il y aurait lieu, à un moment donné, d'établir un tel bilan.

Tous les biens qui, au moment d'une donation, figurent à l'actif réellement et non pas d'une manière hypothétique, ainsi que les produits espérés de ces mêmes biens, sont des biens présents; ils peuvent comprendre des immeubles, des meubles corporels, des créances, des actions ou intérêts dans des sociétés, etc.

Toute donation qui entraînera le dessaisissement actuel et irrévocable de biens de cette nature, sera une donation de biens présents.

Mais la donation peut se produire encore par la création gratuite au profit du donataire d'un droit de créance actuel et irrévocable à faire valoir contre le donateur.

Une opération de cette nature aboutirait à l'insertion définitive, à la colonne du passif, d'une dette certaine venant grever irrévocablement le patrimoine; il importerait peu d'ailleurs que le paiement de cette dette, certaine en soi, fût reculé jusqu'à une époque ultérieure.

Une telle opération serait encore une donation de biens présents, en ce sens qu'il en résulterait pour le donataire l'attribution d'une créance actuelle, constituant pour lui un *bien présent.* Le donataire prend place désormais parmi les créanciers du donateur.

218. En quoi donc consisteront les *biens à venir?*

D'abord dans ceux qui ne pourraient à aucun titre figurer dans l'actif actuel, par exemple : les biens que le donateur se propose d'acheter, ou qu'il espère recueillir dans une succession, etc.

En second lieu, dans les droits de créance qui, par la manière dont ils ont été constitués au profit du donataire, n'ont pas encore d'existence actuelle, et ne doivent naître que si, au moment du décès, l'actif présente des ressources pour les acquitter. Par conséquent la donation qui aurait pour objet des biens à venir ne porterait en réalité sur rien.

Il faut remarquer enfin que les donations faites aux dépens d'un actif actuel sont nécessairement limitées par cet actif lui-même, tandis que les donations faites en grevant le passif de dettes actuelles sont illimitées comme ce passif, ce qui revient à dire qu'elles peuvent demeurer impayées, à moins qu'étant garanties par des sûretés réelles sur les éléments réels de l'actif, elles ne rentrent, à ce point de vue, dans la première catégorie.

219. Avec ces données, il est facile de se rendre compte des difficultés diverses que présente l'application de l'art. 943.

Ainsi la donation d'une somme d'argent, *à prendre sur les biens que le donateur laissera à son décès* est nulle, car elle ne pourrait être immédiatement inscrite au passif *actuel*, la volonté du donateur étant que la naissance de sa dette soit subordonnée à cette circonstance qu'il laissera des biens suffisants à son décès.

Si au contraire le donateur a ajouté : *qu'en cas d'insuffisance la somme donnée serait prise sur un donataire précédent qui*

en a été constitué débiteur, cette circonstance indiquerait que le donateur a voulu faire une libéralité emportant création immédiate d'une créance au profit du donataire, et par conséquent dessaisissement actuel et irrévocable (1).

La donation d'une somme d'argent *payable au décès du donateur* paraît valable, car la créance qui en résulte semble certaine, et de nature à pouvoir être inscrite définitivement au passif (2). Le donataire prend place immédiatement parmi les créanciers certains du disposant. — Sera-t-il payé? C'est une autre question. — Si pour assurer le paiement de la somme donnée, le donateur a constitué une hypothèque, il n'y aura aucun doute sur la volonté de faire naître une créance certaine au profit du gratifié (3).

Si au contraire le testateur avait dit que la somme serait payée *par la succession*, il y aurait donation de biens à venir (4).

220. Voyons maintenant quelle sera la position du donataire d'une somme d'argent payable au décès du donateur, si l'actif n'est pas suffisant pour éteindre le passif.

Nous avons dit que ce donataire prenait place parmi les créanciers. Il faudra donc le mettre sur la même ligne que les créanciers chirographaires du défunt, et décider qu'il viendra en concurrence avec eux, en cas d'insuffisance des biens du donateur (5).

« Mais que devient, en ce cas, l'irrévocabilité de la donation demande M. Laurent? Je donne aujourd'hui 50,000 francs, demain je contracte une dette de 25,000 francs, et je réduis par là le droit du donataire à la moitié : n'est-ce pas donner et reprendre (6)? »

(1) Cass. 26 janv. 1886, S. 88, 1, 253.

(2) Caen, 5 mars 1879, S. 80, 2, 68 ; DEMOLOMBE, t. XX, n° 392 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 485 ; *Contrà*, LAURENT, t. XII, n° 419.

(3) Cass. 30 août 1881, D. 82, 1, 62.

(4) Toulouse, 30 juill. 1888, D. 89, 1, 25.

(5) DEMOLOMBE, t. XX, n° 397 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 485.

(6) T. XII, n° 421.

Il faut répondre que la théorie de l'irrévocabilité a été construite surtout en vue de donations effectuées aux dépens de l'actif actuel au moyen d'une dation immédiate d'un droit réel; qu'il ne faut pas la séparer de l'actualité, et qu'à ce point de vue toute satisfaction est donnée à la théorie par l'attribution *actuelle* au donataire d'un titre de créance qui ne peut être repris.

De là il suit, que si le donataire au lieu de se trouver en présence d'un créancier chirographaire à titre onéreux, se trouvait en présence d'un second donataire, il faudrait décider que les deux donataires viendront concourir au marc le franc. Si, par la donation, le premier donataire a pris place parmi les créanciers, il faut en dire autant du second; cette hypothèse se confond avec la précédente, il n'y a que deux créanciers en présence, et il n'y a pas à rechercher quelle est l'origine de leur créance. Chacun des donataires conserve en effet le droit qui a été créé à son profit, c'est-à-dire, selon la juste observation de Demolombe: « un droit de créance personnelle, soumis par sa nature même, ou plutôt par son essence, à toutes les éventualités qui, dans l'avenir, pourront augmenter ou diminuer le nombre des créanciers du même débiteur, susceptibles de concourir avec lui, ou même de le primer (1). »

« Cette doctrine, continue M. Laurent, heurte et altère le principe de l'irrévocabilité. Ici, il y a des textes formels qui sont violés. Quand les libéralités faites par le défunt dépassent l'actif, il y a lieu de les réduire; la réduction se fait en commençant par la dernière donation, *par analogie* de ce que l'art. 923 prescrit lorsque la réserve est entamée. Pourquoi pas par contribution? c'est une conséquence de l'irrévocabilité (2). »

(1) T. XX, n° 401 et les autorités citées.

(2) T. XII, n° 422; Conf. BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 485 *in fine;* Caen, 5 mars 1879, S. 80, 2, 68.

Mais il n'y a aucune analogie entre les deux situations envisagées : dans l'une on voit deux créanciers en présence d'un débiteur insolvable ; il s'agit de savoir ce qu'ils pourront exiger. Dans l'autre, il s'agit d'un réservataire en présence d'un donataire, et il s'agit d'enlever à celui-ci une partie de ce dont il est devenu propriétaire *aux dépens de la réserve*. Donc s'il y a deux ou plusieurs donataires, la réduction se fait nécessairement en commençant par la dernière donation et en respectant celles qui n'ont porté aucune atteinte à la réserve (1).

Enfin, de ce que le donataire antérieur et le donataire postérieur viendront au marc le franc comme étant tous les deux créanciers chirographaires, il faut conclure nécessairement que celui des deux dont la créance ou donation aurait été garantie par une hypothèque aurait la préférence sur l'autre (2).

On voit donc, en définitive, qu'en fait, et par le jeu naturel des transactions usuelles, sans qu'il y ait fraude de la part du donateur, et sans qu'elle soit retirée par lui, une donation peut se trouver gravement altérée quant à ses effets utiles.

221. Mais un tel résultat ne saurait se produire en vertu d'une réserve consignée dans l'acte de donation. Ainsi sera nulle comme constituant une donation à cause de mort, celle que le donateur se sera réservé le droit de révoquer (3).

De même :

ART. 944. Toute donation entre-vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, sera nulle.

Une condition dont l'exécution dépend de la seule volonté de celui qui s'oblige, *ex mero arbitrio*, est ordinairement désignée sous le nom de *condition pure potestative :* exemple : je vous paierai telle somme si je le trouve conve-

(1) LABBÉ, cité par DEMOLOMBE, t. XX, n° 401, p. 386.
(2) DEMOLOMBE, t. XX, n° 402.
(3) Cass. 8 nov. 1886, D. 87, 1, 487.

nable, si je le juge à propos, si je ne change d'avis. Il est manifeste qu'aucun lien ne peut dériver d'une pareille déclaration, et qu'il dépendra toujours de l'unique volonté du promettant de payer ou de ne pas payer. Il est certain qu'une telle clause, qu'elle soit insérée dans un contrat ordinaire, à titre gratuit, ou à titre onéreux, ou dans un contrat de mariage, ne peut rien signifier.

Mais il y a des conditions qui ne sont pas purement potestatives, dont l'exécution ne dépend pas uniquement *ex mero arbitrio* de celui qui s'oblige, qui dépendent, ce qui est bien différent, d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties d'empêcher (art. 1170-1174), exemple : je vous paierai 100 si je vais à Paris.

Or, il semble résulter des termes de notre article que la disposition qu'il contient vise une condition *purement potestative*, c'est-à-dire une de ces conditions qui ne signifient absolument rien quel que soit l'acte dans lequel on le rencontre, et qui, forcément, doivent empêcher cet acte de valoir, puisqu'elles mettent en suspens le consentement même des parties.

Mais il faut remarquer que, d'après un article subséquent que nous rencontrerons bientôt, d'après l'art. 947, les donations faites par contrat de mariage au profit des futurs époux et de leurs enfants à naître ainsi que les donations entre époux pendant le mariage échappent à l'application de l'art. 944. Donc il résulterait de là, si l'art. 944 visait les conditions purement potestatives, que les conditions de cette nature pourraient valablement figurer dans les actes mentionnés en l'art. 947, ce qui est absurde.

Il faut reconnaître que l'art. 944 prévoit seulement les conditions *simplement potestatives* dont parle l'art. 1170, qui n'empêchent pas la formation immédiate d'un lien entre les parties.

Il reste donc à rendre compte des mots : *condition dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur*. On dit

que ces mots ont été employés par opposition aux termes qui, dans l'art. 1171, définissent la condition mixte : « celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de celle d'un tiers (1). » On objecte qu'il est arbitraire de distinguer ainsi entre la condition *mixte* dont l'exécution dépend de la volonté du donateur et d'un tiers, et la condition dont l'exécution dépend de la volonté du donateur et du hasard (2). Il faut répondre que la loi elle-même fait cette distinction. Nous verrons plus tard qu'il n'y a que trois classes de conditions : *casuelles* (art. 1169) ; *potestatives* (art. 1170) ; *mixtes* (art. 1171). Or, la condition qui dépend à la fois d'un événement casuel et de la volonté de l'une des parties, n'est pas mixte dans le sens de l'art. 1171 ; elle n'est pas casuelle dans le sens de l'art. 1169 ; il faut donc admettre qu'elle est potestative dans le sens de l'art. 1170 (3), ce qui revient à dire que l'art. 1170, à moins d'être restreint aux déterminations de pure volonté, comprend encore les conditions dans lesquelles le hasard peut exercer une certaine influence, par exemple : je vous donnerai 100 si je parviens à exploiter telle partie de l'Afrique, de tel point à tel autre.

222. Toute donation faite sous une clause que prohibe l'art. 944 restera nulle, quand même elle serait déguisée sous la forme d'un contrat onéreux.

ART. 945. Elle sera pareillement nulle, si elle a été faite sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou charges que celles qui existaient à l'époque de la donation, ou qui seraient exprimées, soit dans l'acte de donation, soit dans l'état qui devrait y être annexé.

Le donataire, en effet, n'est jamais tenu, en cette qualité, de payer les dettes du donateur, même dans le cas où la

(1) Douai, 25 mai 1881, S. 83, 2, 215 ; MOLITOR, *Oblig.*, n° 137 ; DEMOLOMBE, t. XX, n° 420 ; Comp. AUBRY et RAU, § 696, note 76 ; *Contrà*, LAURENT, t. XII, n° 409.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 487.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 931.

donation porte sur la totalité ou une quote-part des biens présents du donateur. Le donataire ne cesse pas, en effet, d'être dans ce cas un simple successeur particulier. Il ne deviendrait successeur universel, et comme tel tenu des dettes, que s'il était donataire de biens à venir par contrat de mariage. Il est donc certain que le donataire de la totalité ou d'une part aliquote des biens présents n'est grevé d'aucune obligation à l'égard des dettes existantes à l'époque de la donation (1).

Mais il peut être soumis à la nécessité de les acquitter en vertu d'une convention expresse ou tacite intervenue avec le donateur. Les juges du fait, à défaut de clause formelle, auront à apprécier s'il y a convention tacite. La convention relative au paiement des dettes présentes ne peut évidemment apporter aucune modification à la situation des créanciers qui auront toujours leur action en paiement contre le donateur, à moins qu'ils n'aient libéré ce dernier en acceptant le donataire comme débiteur à sa place.

Il n'est pas nécessaire que les dettes présentes du donateur soient exprimées, c'est-à-dire énumérées dans l'acte de donation, ou dans un état qui devrait y être annexé; il suffit qu'elles aient date certaine à l'époque de la donation, afin que le donateur ne puisse pas, au moyen d'antidates, simuler des dettes qui n'existaient pas à cette époque, et revenir ainsi indirectement sur sa libéralité.

C'est seulement en ce qui concerne l'obligation de payer les dettes à venir, que la loi exige *leur expression soit dans l'acte de donation, soit dans l'acte qui devra y être annexé.* C'est au donateur à indiquer la somme à concurrence de laquelle il entend que ces dettes futures soient payées par le

(1) Aubry et Rau, §§ 577 et 706, texte et note 2; Demante, t. IV, n° 87 *bis* III ; Demolombe, t. XX, n° 454 ; Laurent, t. XII, n° 399 ; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 474 ; Grenoble, 12 mai 1882, S. 82, 2, 246 ; Cass. 2 août 1870, D. 71, 1, 278.

donataire. Dans ce cas la donation est d'ores et déjà diminuée de la valeur indiquée, et demeurera ainsi diminuée quand même le donateur ne contracterait aucune dette. Ses héritiers auraient le droit de réclamer au donataire cette valeur qui, en réalité, n'est jamais entrée dans la donation (1). Il faut appliquer la même règle au cas où le donateur aurait imposé l'obligation de payer après son décès une somme déterminée pour le cas où cette somme serait encore due par lui (2) ou de supporter ses frais funéraires (3).

223. Dans les hypothèses examinées le donateur s'était ménagé la faculté de diminuer l'importance de la donation en contractant des dettes dans une mesure déterminée; il peut vouloir obtenir le même résultat au moyen de réserves ayant un autre objet; la solution devra être la même :

ART. 946. En cas que le donateur se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixe sur les biens donnés ; s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou ladite somme appartiendra aux héritiers du donateur, nonobstant toutes clauses et stipulations à ce contraires.

Une telle réserve implique en effet que les objets sur lesquels elle porte ne sont pas donnés, que le lien de droit ne s'est pas formé quant à ces objets, puisqu'il dépend de la volonté du donateur de ne pas être obligé à cet égard. La chose réservée est donc demeurée dans le patrimoine du donateur : par conséquent si elle y est encore au moment de sa mort, elle doit passer à ses héritiers, et pas n'était besoin de l'art. 946 pour qu'il en soit ainsi.

224. Les articles qui viennent d'être expliqués sont considérés comme étant la conséquence de la vieille maxime : *donner et retenir ne vaut;* mais on est d'accord pour la modifier ainsi : *donner et retenir hors mariage ne vaut;* d'où la disposition suivante :

(1) Lyon, 8 fév. 1867, D. 67, 2, 154.
(2) Paris, 8 mars 1877, D. 78, 2, 75.
(3) LAURENT, t. XII, n° 437.

ART. 947. Les quatre articles précédents ne s'appliquent point aux donations dont est mention aux chapitres VIII et IX du présent titre.

Or on se demande s'il ne conviendrait pas de faire précisément le contraire, de supprimer ces vestiges d'un système disparu, et d'ériger en règle générale les dispositions auxquelles ils ne s'appliquent pas.

En conséquence quelques économistes résument ainsi leurs conclusions :

« 1° Abrogation des art. 943, 944 et 946 du Code civil;

« 2° Rétablissement de la loi romaine sur les donations à cause de mort, ou subsidiairement;

« 3° Faculté pour les donateurs d'instituer contractuellement autrement que par contrat de mariage, c'est-à-dire dans un simple acte notarié, et faculté de faire des donations révocables, comme celles que peuvent faire les époux pendant le mariage (1). »

Mais il n'est pas bien certain que les dispositions des articles précités ne puissent s'expliquer que par la vieille maxime : *donner et retenir ne vaut*. Nous avons déjà remarqué qu'en réalité les donations de biens à venir, dont s'occupe l'art. 943, manquent totalement d'objet; que dans le cas de l'art. 946 les biens dont le donateur s'est réservé la libre disposition, n'ont jamais en réalité figuré dans la donation; nous ajoutons que l'art. 944 déclarant nulles les donations faites sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du testateur peut être considéré, si on l'interprète d'une certaine manière, comme contenant l'application aux donations du principe général formulé dans l'art. 1174.

Sans doute les restrictions qui ont été formulées dans les art. 943, 944 et 946 ont eu, originairement, pour but principal de conserver les biens dans les familles, et faisaient partie d'un même système politique avec les réserves *coutu-*

(1) BATBIE, *Correspondant* (livr. du 25 janv. 1866), p. 101.

mières, la règle *paterna paternis*, les *substitutions*, le *droit d'ainesse*, etc. Mais ces restrictions, combinées avec les institutions modernes peuvent être considérées aujourd'hui comme une application des principes généraux, il n'y a plus lieu de les rattacher à la vieille maxime coutumière, et elles ont seulement pour but, aujourd'hui, d'assurer la liberté civile des parties (1).

225. On rattache encore à la maxime : *donner et retenir ne vaut*, les précautions prises par la loi, en matière de donations d'effets mobiliers, pour garantir l'irrévocabilité de fait, en même temps que l'irrévocabilité de droit (2).

ART. 948. Tout acte de donation d'effets mobiliers ne sera valable que pour les effets dont un état estimatif, signé du donateur et du donataire, ou de ceux qui acceptent pour lui, aura été annexé à la minute de la donation.

Il s'agit de protéger le donataire contre les changements de volonté du donateur et aussi de protéger l'intérêt des tiers qui peuvent avoir besoin de connaître la quotité de la donation.

L'état estimatif est exigé aussi bien pour les donations portant sur une quote-part de meubles (3), que pour celles portant sur des meubles individuels; cet état doit comprendre l'énumération, la description et l'estimation des meubles donnés.

S'il s'agit d'une créance ou d'une rente portant avec elle son estimation, il suffira d'indiquer le montant du capital nominal et de désigner le débiteur; il en serait autrement s'il s'agissait d'une créance à liquider, le chiffre définitif n'étant pas connu une estimation serait nécessaire.

(1) On trouvera ces idées formulées (en 1868) dans notre *Code civil italien*, t. I, p. 236 et suiv. ; M. Bauby en a, depuis, réclamé avec *insistance* la paternité, comme les ayant produites le premier, en 1853 dans sa thèse de doctorat. Voy. *Recueil de l'Acad. de législ. de Toulouse*, 1872. Nous n'avons aucun intérêt à contester cette revendication.

(2) FURGOLE, t. V, p. 127, cité par LAURENT, t. XII, n° 372.

(3) Pau, 13 mai 1890, S. 91, 2, 228.

Il faudra, de plus, appliquer l'art. 1690 pour que les donations de créances soient opposables aux tiers.

Si la donation comprend des valeurs de bourse, rentes sur l'État, actions ou obligations de chemin de fer, etc., il suffira d'indiquer la nature et le numéro du titre, et sa valeur d'après le cours du jour.

La description et l'estimation se font article par article, et non en bloc ni par séries ou groupes, à moins qu'il ne s'agisse d'objets dont la réunion forme un tout indivisible.

L'état estimatif suppose qu'il existe un acte de donation; donc il n'est pas nécessaire pour la validité d'un don manuel, ni pour celle d'une donation déguisée sous la forme d'un acte à titre onéreux.

L'état estimatif peut évidemment être inséré dans l'acte de donation lui-même. Lorsqu'il est fait séparément il peut être rédigé sous seing privé, pourvu que les parties sachent et puissent signer; sinon il devrait être fait en la forme authentique.

Il pourrait être suppléé à l'état estimatif par le renvoi à un inventaire antérieur dressé par acte authentique. On dit encore que l'état estimatif pourrait être dressé postérieurement à la donation, mais dans un temps contemporain de la donation. Cela ne paraît pas conforme au texte de la loi. Il faut que l'état soit annexé à la minute de la donation. Or il ne peut être question d'une pure annexion de fait résultant uniquement du contact matériel de l'état avec la minute. L'annexion ne peut résulter que d'une mention faite dans l'acte de donation lui-même, ou d'un procès-verbal d'annexion signé par les parties. Si un intervalle appréciable peut séparer les deux actes, l'art. 948 ne sert plus à rien.

Le défaut d'état estimatif étant étranger au consentement, ne rend pas la donation inexistante, mais seulement annulable pour les effets non estimés seulement. Cette nullité peut être invoquée par le donateur ou par ses créanciers; elle

se traduit à l'égard du donataire par un refus d'action. La nullité résultant de l'absence de l'état estimatif, est couverte par la remise effective des objets mobiliers corporels (1), ou plutôt il y a dans ce cas don manuel (2).

§ 5. — Clauses compatibles avec l'irrévocabilité des donations.

226. — Donations avec réserve d'usufruit, art. 949.
227. — De l'obligation de restitution quand une telle donation porte sur des meubles, art. 950.
228. — Du retour conventionnel, art. 951.
229. — Il ne peut être présumé.
230. — En vue de quelles éventualités il peut être stipulé ;
231. — Au profit de qui.
232. — Ses effets, art. 952 ; effet résolutif à l'égard des tiers.
233. — Exception en faveur de l'hypothèque légale de la femme.

226. La première de ces clauses consiste dans une réserve d'usufruit sur les biens donnés. La validité d'une telle clause ne pouvait faire doute, ni au point de vue de l'irrévocabilité des donations, ni au point de vue des substitutions. L'art. 899 en avait déjà proclamé la validité; il était donc inutile de répéter encore une fois :

> ART. 949. Il est permis au donateur de faire la réserve à son profit, ou de disposer au profit d'un autre, de la jouissance ou de l'usufruit des biens meubles ou immeubles donnés (*).

Il pourrait adopter aussi la combinaison inverse, c'est-à-dire réserver pour lui ou pour en disposer au profit d'un autre la nue-propriété d'objets donnés. La donation porte alors directement sur l'usufruit. Dans ce cas la nue-propriété passera aux héritiers du donateur.

(*) Art. 949. — L. 28, C. 8, 54, *De donat.*

(1) Trib. Louvain, 6 déc. 1883, *Pas.*, 84.

(2) Liège, 6 juill. 1870, *Pas.*, 71, 2, 392; Trib. Liège, 30 mars 1889, *Pas.*, 89, 3, 303; LAURENT, t. XII, n° 375; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 469 ; DEMOLOMBE, t. XX, n°s 363 et suiv.

Quand le donateur veut réserver l'usufruit pour lui-même, il peut stipuler un usufruit plus étendu que celui des art. 578 et suivants pourvu qu'il ne soit porté aucune atteinte à la règle de l'irrévocabilité (1).

Il peut aussi, à plus forte raison, stipuler un usufruit moins étendu, ou un droit plus restreint que l'usufruit, tel qu'un simple droit d'usage ou d'habitation. Si le droit d'habitation stipulé devait être exercé dans une maison appartenant déjà pour partie aux donataires, il y aurait là une charge de la donation dont l'acceptation exige l'accord de tous les donataires majeurs et mineurs (2).

Si le donateur entend attribuer l'usufruit à un autre, il faudra qu'il le fasse par le même acte. Il y aura alors deux donations, une de la nue-propriété, l'autre de l'usufruit, et l'usufruit se fixera directement sur la tête de l'usufruitier désigné.

Le même résultat pourrait encore être obtenu si le donateur commençait par donner l'usufruit à une personne; il pourrait aussi donner à un autre la nue-propriété qu'il aurait retenue.

Mais si le donateur commençait par donner la nue-propriété seulement, il se constituerait lui-même usufruitier. Par conséquent il pourrait bien donner ensuite à un tiers l'usufruit déduit à son profit, mais l'*alea* de l'usufruit ainsi cédé continuerait de reposer sur la tête du donateur.

Il suit de là que le donateur ne pourrait valablement se réserver le droit de disposer par testament de l'usufruit des biens donnés, car l'usufruit déduit dont il a d'abord été investi doit s'éteindre à son décès, et par conséquent l'usufruit légué porterait sur des biens appartenant à autrui (3).

(1) Paris, 8 mars 1877, D. 78, 2, 75 et sur pourvoi, Cass. 19 fév. 1878, D. 78, 1, 377.

(2) Liège, 10 mars 1883, *Pas.*, 83, 2, 282.

(3) Cass. belge, 14 mai 1857, *Pas.*, 57, 1, 222.

227. Le donateur avec réserve d'usufruit est dispensé de donner caution (art. 601), ce qui est peu en harmonie avec le principe de l'irrévocabilité. D'un autre côté, il est soumis à une règle particulière en ce qui concerne l'obligation de restitution dans le cas où la donation a pour objet des meubles :

ART. 950. Lorsque la donation d'effets mobiliers aura été faite avec réserve d'usufruit, le donataire sera tenu, à l'expiration de l'usufruit, de prendre les effets donnés qui se trouveront en nature, dans l'état où ils seront ; et il aura action contre le donateur ou ses héritiers, pour raison des objets non existants, jusqu'à concurrence de la valeur qui leur aura été donnée dans l'état estimatif (*).

Donc : si les meubles donnés sont représentés au moment de la cessation de l'usufruit, le donataire les prendra dans l'état où ils se trouvent, sans pouvoir prétendre à aucune indemnité pour les diminutions de valeur résultant de l'usage ; c'est le droit commun (art. 589). Si ces objets ont péri par cas fortuit ou par vétusté, le donateur ou ses héritiers sont libérés ; si ces derniers ne peuvent prouver le cas fortuit, ils devront payer au donataire la valeur portée à l'état estimatif.

228. La loi s'occupe ensuite d'une clause montrant que si le donateur a préféré en quelque sorte le donataire à lui-même en faisant une donation actuelle et irrévocable, il se préfère cependant lui-même à tous les héritiers du donataire :

ART. 951. Le donateur pourra stipuler le droit de retour des objets donnés, soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants. — Ce droit ne pourra être stipulé qu'au profit du donateur seul (**).

Ce *retour conventionnel* constitue une condition résolutoire expresse, par antithèse au droit de *retour légal* qui est une succession (Voy. t. V, n° 79).

Cette condition ne déroge pas à la règle de l'actualité et de l'irrévocabilité de la donation, car elle n'a rien de potestatif ; elle est purement casuelle, et toute condition casuelle peut être insérée dans une donation. Par conséquent il n'est

(*) Art. 950. — L. 3, D. 7, 1, *De usuf. et quem.*

(**) Art. 951. — L. 9, C. 8, 54, *De donat.*; L. 10, C. 2, 3, *De pactis.*

pas exact de dire, comme on le fait généralement (1), que la clause de retour déroge au droit commun (2); elle est au contraire une affirmation du principe de la liberté dans les contrats.

229. Le droit de retour doit être stipulé d'une manière formelle, comme toute condition résolutoire. Suivant une juste observation de M. Laurent (3), il ne faut pas dire, comme le fait Demolombe (4), que le retour ne saurait être facilement présumé, ce qui suppose que le juge pourrait le présumer. Il faut nettement affirmer que ce droit de retour ne doit jamais être présumé. Sans doute la loi n'exige pas l'emploi de termes sacramentels. Mais il est inadmissible qu'une condition résolutoire non exprimée d'une manière quelconque, puisse resulter d'un simple raisonnement, ou d'une appréciation de circonstances.

Ainsi la défense d'aliéner imposée au donataire ne saurait être considérée comme ayant pour conséquence nécessaire le retour conventionnel. D'après la Cour de cassation, l'arrêt qui, sans se prononcer en droit sur cette question, déclare en fait que les termes de cette défense, rapprochés de l'état de fortune du père donateur et des circonstances de la cause, indiquent clairement la volonté du père de s'assurer le bénéfice dudit retour, ne viole aucune loi (5). Dumoulin dirait que c'est une jurisprudence faite *pour l'ami*. Il est aussi facile en effet de trouver dans les espèces de ce genre les éléments d'une clause de retour que d'en constater l'absence.

La clause de retour ne peut résulter que d'une manifestation non équivoque de la volonté, résultant de l'acte lui-même,

(1) Voy. Aubry et Rau, § 700, note 4; Demolombe, t. XX, n° 501; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 494.

(2) Monnier, *Esprit de l'art.* 951; *Revue critique*, 1880, p. 108 et suiv.

(3) T. XII, n° 457.

(4) T. XX, n° 512.

(5) Cass. 2 mars 1887, D. 87, 1, 204.

quelque favorable d'ailleurs que paraisse la position du donateur, quand même il s'agirait d'une donation *en avancement d'hoirie*, c'est-à-dire, en prévision de la survie du donataire. Mais la prévision n'est pas une condition (1). La doctrine est unanime sur ce point.

230. Le droit de retour peut être stipulé :

1° Pour le cas du prédécès du donataire seul, ou tout simplement du donataire sans ajouter le mot seul (2);

2° Pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants;

3° Pour le cas du prédécès du donataire sans descendants. En ce cas l'existence d'un ou plusieurs descendants du donataire lors du décès de celui-ci rendra le retour impossible, quand même ces descendants viendraient à mourir avant le donateur.

L'expression *descendants* comprend tous les enfants légitimes ou légitimés, mais non les enfants adoptifs ni les enfants naturels dont le donateur a ignoré l'existence. Si le donateur a connu leur existence, la question de savoir si ces enfants doivent être compris dans la clause de retour se traduira en une question de fait.

231. Le droit de retour ne peut être stipulé qu'au profit du donateur seul. Dans l'ancienne jurisprudence le droit de retour passait aux héritiers du donateur, quoiqu'il fût mort avant le donataire, s'il avait été stipulé pour le cas de décès de celui-ci sans postérité; c'est ce qu'a voulu prohiber l'article 951. Si le donateur a fait précisément ce que notre article a pour but de prohiber, c'est-à-dire s'il a stipulé cumulativement le droit de retour tant pour lui que pour ses héritiers ou un tiers, la clause est valable en ce qui concerne le donateur, mais elle doit être réputée non écrite à l'égard des enfants de ce dernier et du tiers.

(1) Montpellier, 4 déc. 1835, D. *Répert.*, v° *Disposit.*
(2) Cass. 10 nov. 1875, D. 76, 1, 480.

Si le donateur a stipulé le droit de retour au profit de ses héritiers ou d'un tiers, sans parler de lui-même, ce n'est pas à l'art. 951 qu'il a contrevenu, car malgré les termes de la clause il ne saurait alors être question d'un droit de retour puisque les biens doivent aller à une personne qui ne les a jamais eu. C'est à l'art. 896 que le donateur a contrevenu, et par conséquent la donation elle-même doit être déclarée nulle comme entachée de substitution ; il ne suffirait pas de déclarer la clause non écrite (1).

232. Le droit du donateur s'ouvre lorsque la condition, telle qu'elle a été stipulée, se réalise. De ce que cette condition est résolutoire, il suit que la position du donateur doit être rétablie autant que possible, telle qu'elle était avant la donation.

En conséquence

Art. 952. L'effet du droit de retour sera de résoudre toutes les aliénations des biens donnés, et de faire revenir ces biens au donateur, francs et quittes de toutes charges et hypothèques, sauf néanmoins l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales, si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas, et dans le cas seulement où la donation lui aura été faite par le même contrat de mariage duquel résultent ces droits et hypothèques (*).

Cette règle est générale et s'applique à la fois aux meubles comme aux immeubles.

Par l'effet du droit de retour le donateur acquiert deux actions distinctes :

1° L'action en restitution des biens donnés, dirigée contre le donataire et ses représentants ;

2° L'action en revendication contre les tiers détenteurs des biens donnés.

Ces deux actions sont indépendantes l'une de l'autre, mais elles ont également pour base le droit de retour. Si donc le donateur avait, ainsi qu'il en a le droit, renoncé expressément ou tacitement, à l'exercice de ce droit, soit avant, soit

(*) Art. 952. — Novelle 39, *Auth.*

(1) *Contrà*, Bruxelles, 3 juill. 1866, *Pas.*, 68, 2, 307.

depuis son ouverture, il serait irrecevable. Mais sauf cela, les règles applicables aux deux actions demeurent distinctes.

La première tend à l'exécution du contrat de donation; elle se prescrit par trente ans à partir de l'ouverture du droit de retour.

La seconde, utile contre les tiers détenteurs, sera, vis-à-vis d'un acquéreur de bonne foi d'un meuble corporel, paralysée par la règle : *en fait de meubles possession vaut titre* (art. 2279) ; vis-à-vis de l'acquéreur d'un immeuble elle pourra être paralysée par la prescription ayant couru au profit du tiers détenteur depuis la mise en possession de ce dernier.

Si le retour a été stipulé pour un corps certain se retrouvant en nature dans les mains du donataire, le donateur aura le droit de le reprendre dans l'état où il se trouve, non détérioré par la faute du donataire et sans être obligé d'en recevoir à la place l'estimation en argent. Si le retour a été stipulé pour une somme d'argent, le donateur ne peut que réclamer le remboursement d'une somme égale, quand même le donataire aurait acheté des immeubles avec les deniers donnés, sauf clause contraire concernant l'emploi des deniers.

Le donateur n'a droit aux fruits du bien donné qu'à partir de la réalisation de l'événement qui donne ouverture au droit de retour (1). Lorsqu'il agit contre un tiers détenteur de bonne foi, il ne peut les obtenir qu'à partir du jour de la demande.

La stipulation d'un droit de retour n'empêche pas le donataire de devenir propriétaire ; il peut donc faire tous les actes de propriétaire ; mais tous les effets de ces actes seront rétroactivement anéantis si la condition du retour se réalise. Les actes d'administration seraient cependant maintenus, même les baux de plus de neuf années, sauf l'exercice par le dona-

(1) Duranton, t. VIII, n° 542 ; Aubry et Rau, § 700, note 17 ; Demolombe, t. XX, n° 524 ; Laurent, t. XII, n° 471 ; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 501.

teur de l'action paulienne en cas de fraude. Le donateur pourrait, en stipulant le droit de retour pour le cas où le donataire prédécéderait, lui interdire la faculté de vendre tant que la condition est en suspens, ou même d'hypothéquer sans son consentement. Il pourra aussi être convenu que la réserve du droit de retour n'empêchera pas le donataire de disposer des biens donnés comme bon lui semblera. Il a été jugé qu'une telle clause peut être interprétée en ce sens que le donataire n'est pas autorisé à transmettre les biens donnés par testament, que par suite le donateur peut exercer son droit malgré le legs universel fait à son conjoint par le donataire (1).

233. La règle que le droit du donataire est résolu rétroactivement par l'effet du droit de retour, reçoit une exception. La femme du donataire conserve le droit de faire valoir son hypothèque légale sur les biens donnés, pourvu :

1° Que la donation ait été faite au mari par le contrat de mariage duquel résultent les droits et hypothèques de la femme ;

2° Que les autres biens du conjoint donataire ne suffisent pas pour assurer à la femme la restitution de sa dot, et l'exécution des conventions matrimoniales

Si la femme a négligé d'inscrire son hypothèque légale et a perdu sa garantie hypothécaire, elle ne pourra plus invoquer le bénéfice de l'art. 952 et se prévaloir de sa négligence au détriment des autres créanciers inscrits. Il en sera de même si elle renonce au bénéfice de son inscription dans l'intérêt d'un créancier du mari.

Cette hypothèque *subsidiaire* ainsi accordée à la femme est fondée sur cette présomption que la femme et sa famille ont pu compter que les biens donnés serviraient, malgré la

(1) Bordeaux, 27 mars 1878, D. 79, 2, 146 ; Comp. LAURENT, t. XI, n° 470 ; t. XII, n°s 463 à 467.

clause de retour, à la garantie des reprises et conventions matrimoniales. Il est d'ailleurs loisible au donateur d'exclure cette hypothèque subsidiaire par une déclaration formelle faite dans le contrat de mariage, ou au contraire de l'étendre à tous les droits nés au profit de la femme contre son mari pendant la durée du mariage. Il pourrait même être convenu que l'hypothèque n'aurait pas son caractère subsidiaire ordinaire, et qu'elle produirait son effet sur l'immeuble donné sans qu'il fût nécessaire d'établir, par une discussion préalable, l'insuffisance des autres biens du mari.

L'art. 952 suppose que la donation faite par contrat de mariage est immobilière; si elle était mobilière, la femme n'aura pas un droit de préférence pour sa dot à l'égard de créanciers chirographaires, ni à l'égard du donateur qui reprend ses biens, car aucun texte ne lui accorde un semblable droit (1).

SECTION II.

Des exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre-vifs.

§ 1er. — Généralités. — Révocation pour inexécution des charges.

234. — Observation sur la rubrique de la section.
235. — Causes de révocation, art. 953.
236. — Révocation pour inexécution des charges.
237. — De la charge d'entretenir une école congréganiste imposée à une commune donataire.
238. — De l'action en révocation.
239. — Effets de la révocation à l'égard du donataire.
240. — Effets à l'égard des tiers, art. 954.

234. La rubrique de notre section n'est pas de nature à

(1) Demolombe, t. XX, n° 525; Laurent, t. XII, n° 479; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 500.

donner une idée exacte des matières dont il va y être question. Cette rubrique annonce des exceptions au principe de l'irrévocabilité des donations. Or nous avons vu que cette irrévocabilité signifie que le donateur ne saurait, sous aucun prétexte et ni au moyen d'aucune clause, se réserver la faculté ou possibilité, de détruire tout seul, par un acte dépendant de sa volonté, la donation qui a été acceptée par le donataire. Les exceptions à ce principe devraient donc consister dans des cas de révocation dépendants de la volonté du donateur. Or il n'en est pas ainsi; la loi admet trois cas de révocation qui, il faut le remarquer, sont tout à fait indépendants de la volonté du donateur. Il vaut donc mieux rattacher notre matière à l'art. 1134.

235. D'après l'art. 1134, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, *ou pour les causes que la loi autorise.*

Or, quand il s'agit spécialement des donations entre-vifs, quelles sont ces causes? Voici la réponse :

ART. 953. La donation entre-vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude et pour cause de survenance d'enfants (*).

236. Parlons d'abord de la révocation pour inexécution des conditions.

Le mot *condition* est employé ici comme synonyme de *charge.* La charge ou *le mode* comme on disait autrefois, est une clause par laquelle le donataire est chargé de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose en considération de la libéralité et après qu'il l'aura reçue. La charge ne suspend ni l'existence, ni même l'exécution du contrat, elle a seulement le caractère résolutoire pour le cas où elle n'est pas acquittée.

L'insertion dans l'acte d'une clause imposant au donataire

(*) Art. 953. — L. 1, 8, 9, 10, C. 8, 56, *De rev. donat.*

l'accomplissement d'une charge, a donc pour résultat de donner à un contrat unilatéral de sa nature, un caractère synallagmatique, pourvu qu'il résulte des termes de l'acte que l'intention des parties souverainement appréciée par les juges du fait, a été de soumettre le donataire à l'obligation stricte de les acquitter à peine de révocation de la donation (1).

De ce que la donation prend alors un caractère synallagmatique, il suit que, dans le cas d'inaccomplissement des charges par le donataire, le donateur peut, en vertu de l'art. 1184, forcer le donataire à l'exécution des conditions de la donation, sans que ce dernier puisse s'affranchir de cette exécution en abandonnant les biens donnés. Cette solution a néanmoins été contestée; on a soutenu qu'une donation ne pouvait obliger le donataire; que ce dernier a entendu simplement accepter un don, alors que le donateur de son côté voulait seulement faire une libéralité; que les charges ne sont qu'un accessoire très secondaire de la libéralité et que ce serait dénaturer la convention que d'assimiler une donation à un contrat à titre onéreux. Tout cela est vrai en soi, mais le vice du raisonnement consiste à n'envisager la situation qu'en se plaçant au moment où le contrat de donation va se conclure; or une fois que la donation est devenue parfaite par l'acceptation du donataire, lequel pouvait refuser, il faut reconnaître que le *vinculum juris* s'est formé, aussi bien à l'égard des clauses accessoires, qu'à l'égard de ce qui était l'objet principal de la convention, et la convention tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite (2).

Toutes les donations sont soumises à la règle de la révocation pour inexécution des charges, même les donations mutuelles ou réciproques, sans que la révocation de l'une

(1) Cass. 6 avr. 1887, D. 88, 1, 301.

(2) Demolombe, t. XX, n° 575; Laurent, t. XII, n°s 489 et suiv.; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 506.

entraîne nécessairement la révocation de l'autre ; même les donations remunératoires, au moins pour ce qui excède la valeur des services rendus.

237. Les conséquences de l'inexécution des charges ne donnent pas lieu à de graves difficultés pour les donations intervenues entre particuliers, lesquelles d'ailleurs sont assez rares. Il en est autrement des donations faites aux communes sous la charge d'entretenir une école avec des éléments congréganistes.

Les conditions ou charges de cette nature sont certainement illicites. Avant la loi du 30 octobre 1886, la Cour de cassation avait déjà reconnu qu'une commune ne peut valablement prendre l'engagement d'entretenir à perpétuité une école congréganiste, et renoncer ainsi au droit qui lui appartenait d'émettre un vœu sur le choix de l'instituteur congréganiste ou laïque. Mais au lieu d'en tirer cette conséquence que la clause envisagée devait être considérée comme non écrite en vertu de l'art. 900, la Cour suprême en concluait simplement que la commune, en l'absence de fautes particulières, ne pouvait, en cas d'inexécution, être condamnée à des dommages-intérêts, si d'ailleurs elle restituait la libéralité par elle reçue (1), et on arrivait ainsi à éliminer complétement l'art. 900 sous prétexte que la charge envisagée avait été la cause impulsive et déterminante de la donation (2). Nous avons examiné ci-dessus (nos 51 et suiv.) les traits les plus saillants de cette jurisprudence arbitraire ; nous croyons inutile d'y revenir.

238. La révocation n'a pas lieu de plein droit (art. 956), sauf stipulation contraire (3). Le donateur doit la réclamer

(1) Cass. 19 mars 1884, D. 84, 1, 281 ; Conf. Cass. 22 juin 1887, D. 87, 1, 305.

(2) Aux arrêts déjà cités il faut ajouter : Cass. 20 nov. 1893, D. 93, 1, 81.

(3) Cass. 27 juill. 1886, D. 87, 1, 107 ; Pau, 21 fév. 1889, D. 90, 2, 176.

en justice, sans qu'une mise en demeure préalable du donataire soit nécessaire (1). Le juge peut accorder un délai à ce dernier pour l'exécution de la charge convenue (2) (Arg. art. 1184, *in fine*), surtout s'il n'y a eu qu'un simple retard ne compromettant pas l'exécution des volontés du donateur (3).

L'action en résolution appartient au donateur quand même il aurait acquis l'immeuble donné avec le produit d'une souscription (4) ; elle peut être continuée par ses héritiers ou intentée par eux, même quand l'inexécution est postérieure au décès du donateur. Elle peut aussi être intentée par les créanciers du donateur ou de ses héritiers et par leurs cessionnaires.

Quand la charge aura été stipulée dans l'intérêt d'un tiers (art. 1121), ce tiers ne pourra demander la résolution, mais lorsqu'il aura déclaré vouloir profiter de la stipulation, il pourra demander l'exécution du contrat (5). Le donateur pourra au contraire agir en résolution; mais comme en faisant résoudre la donation, il aura délié le donataire, il sera tenu vis-à-vis de ce dernier de remplir la charge (6).

239. La résolution ou révocation a pour effet de soumettre le donataire à la restitution des objets donnés dont il est reconnu qu'il n'a jamais été propriétaire. Il suit de là qu'il n'a pas qualité pour conserver les fruits (7). La question est cependant controversée. Quelques auteurs enseignent que le donataire ne doit restituer les fruits que du moment où, ayant pu accomplir la charge, il est en faute pour ne pas l'avoir fait. D'autres estiment que l'art. 1481 n'est relatif qu'aux

(1) Poitiers, 16 fév. 1885, S. 87, 2, 67.
(2) Cass. 8 juill. 1885, S. 88, 1, 14.
(3) Cass. 27 juill. 1886, D. 87, 1, 107.
(4) Cass. 6 fév. 1888, D. 88, 1, 79.
(5) Trib. Béthune, 31 mars 1881, D. 83, 2, 23.
(6) Demolombe, t. XX, nos 597 et 613 ; Laurent, t. XII, no 499.
(7) Laurent, t. XII, no 512.

contrats à titre onéreux et ne saurait être appliqué à l'espèce; que dans le silence des textes, et par argument de l'art. 958, les fruits et les intérêts courront au profit du donateur du jour de la demande conformément au droit commun (1). Il devra tenir compte au donataire de la plus-value résultant de ses impenses (2). Dans un cas où il s'agissait de la révocation d'un don fait à une commune à charge d'entretenir un instituteur congréganiste, il a été jugé que la commune devait les intérêts à partir du jour où la condition avait cessé d'être exécutée, c'est-à-dire à partir de la date de l'arrêté de laïcisation (3).

240. Si les biens ont été donnés ou grevés de droits réels, le donateur qui a fait prononcer la résolution pourra agir en révocation contre les tiers :

ART. 954. Dans le cas de révocation pour cause d'inexécution des conditions, les biens rentreront dans les mains du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire; et le donateur aura, contre les tiers détenteurs des immeubles donnés, tous les droits qu'il aurait contre le donataire lui-même (*).

Il faut d'abord que le demandeur soit un véritable donateur. Si l'acte renfermant en apparence une donation était une véritable vente, l'action contre les tiers détenteurs serait en réalité l'action résolutoire, non recevable quand le privilège du vendeur n'a pas été conservé (4).

Les tiers sont tous ceux qui sont devenus acquéreurs des biens donnés, soit en vertu d'accords directs intervenus entre eux et le donataire, soit en vertu d'une adjudication prononcée sur des poursuites intentées même à la requête du donateur (5) qui, en agissant ainsi, ne saurait, en principe, être considéré comme ayant renoncé à son droit.

(*) Art. 954. — C. 8, 55, *De donat. quæ sub modo.*

(1) Paris, 3 juill. 1890, S. 91, 2, 191 ; BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 954, n° 7; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 509.

(2) Cass. 22 juin 1887, S. 87, 1, 244.

(3) Montpellier, 2 fév. 1891, S. 91, 2, 191.

(4) Cass. 21 déc. 1887, S. 88, 1, 412.

(5) Bordeaux, 1er fév. 1888, D. 91, 2, 83.

Le tiers détenteur pourra arrêter l'action dirigée contre lui en remplissant les charges au lieu et place du donataire, à moins que la charge ne soit de nature à ne pouvoir être prestée que par le donataire lui-même.

§ 2. — Révocation pour cause d'ingratitude.

241. — Trois cas d'ingratitude, art. 955, 956; premier cas, attentat à la vie du donateur.
242. — Deuxième cas, sévices, injures, etc.
243. — Troisième cas, refus d'aliments.
244. — De l'action en révocation pour cause d'ingratitude, art. 957; sa durée.
245. — Sa transmissibilité aux héritiers.
246. — Son exercice par les créanciers.
247. — Sa cessibilité.
248. — Contre qui elle peut être intentée.
249. — Effet de la révocation pour cause d'ingratitude, art. 958; d'abord à l'égard du donataire;
250. — Ensuite à l'égard des tiers.
251. — Exception quant aux donations faites en faveur du mariage, art. 959.

241. Toute donation impose à qui l'accepte l'accomplissement de certains devoirs de reconnaissance. S'il manque d'une manière grave à l'accomplissement de ces devoirs, il est juste qu'il soit puni de son ingratitude :

ART. 955. La donation entre-vifs ne pourra être révoquée pour cause d'ingratitude que dans les cas suivants : — 1° Si le donataire a attenté à la vie du donateur; — 2° S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves; — 3° S'il lui refuse des aliments (*).

ART. 956. La révocation pour cause d'inexécution des conditions, ou pour cause d'ingratitude, n'aura jamais lieu de plein droit.

L'action en révocation pour cause d'ingratitude est une action *pénale*, purement *pénale*, et non une action civile en réparation du préjudice résultant d'un délit. Cette constatation n'est pas sans intérêt comme nous aurons à le vérifier.

Les causes d'ingratitude sont limitativement indiquées par

(*) Art. 955. — L. 31 § 1, D. 39, 5, *De donat.;* L. 9, 10, C. 8, 56, *De revoc. donat.*

le texte; elles se rapprochent beaucoup de celles qui entraînent l'indignité en matière de succession, mais elles en diffèrent sous certains rapports et on ne pourrait pas conclure de l'indignité à l'ingratitude.

Ainsi la première cause de révocation est relative au cas où le donataire a attenté à la vie du donateur. Il n'est pas nécessaire, comme en matière d'indignité, qu'il y ait condamnation prononcée contre le donataire, ni même que des poursuites aient été exercées. Une tentative de meurtre serait suffisante, et même un simple attentat ne présentant pas les caractères voulus pour constituer la tentative punissable, pourvu qu'il y ait eu intention homicide de la part du donataire (1). Par conséquent un duel pourrait suffire d'après les circonstances que le juge aura à apprécier (2).

Le meurtre commis en état de légitime défense n'est pas un attentat, ce n'est donc pas une cause de révocation (art. 328, 329, C. P.); il faut en dire autant du meurtre commis en état de démence (art. 64, C. P.) ou par imprudence. Dans le cas de crime excusable (art. 321 à 326, C. P.), il semble bien qu'il y ait *attentat* puisque la loi prononce une simple atténuation de la peine encourue; on peut cependant admettre que le juge aura à apprécier si les éléments moraux du fait délictueux suffisent pour motiver la révocation (3).

242. Mais le plus souvent le crime excusable dégénéré en délit rentrera à ce titre dans la seconde classe des causes de révocation comprenant les sévices, délits et injures graves. En pareille matière l'appréciation du juge s'impose (4).

Que faut-il penser de l'injure grave qui serait faite par le donataire à la mémoire du donateur? S'il s'agissait d'un légataire, il n'y aurait pas de question; l'art. 1047 fait d'une telle

(1) Cass. 1er déc. 1885, S. 86, 1, 100.
(2) Laurent, t. XIII, n° 43.
(3) Laurent, t. XIII, n° 5.
(4) Liège, 29 mai 1889, *Pas.*, 89, 2, 347.

injure une cause de révocation des legs. Mais en matière pénale l'analogie ne peut exercer aucune influence, et il faut décider qu'il n'est pas possible de révoquer une donation pour cause d'injure à la mémoire du donateur (1).

243. Une troisième cause de révocation pour ingratitude consiste dans un refus injuste d'aliments à une demande précise formulée par le donateur, au moins par une sommation.

L'obligation alimentaire a pour base unique le fait de la donation; si donc le donateur fait révoquer la donation pour une cause quelconque, il ne peut plus réclamer des aliments. Le chiffre des aliments est calculé non d'après la fortune du donataire, mais à raison de l'importance de la donation et à concurrence des biens donnés.

Le donateur doit être dans le besoin, c'est-à-dire manquer du nécessaire pour vivre, et n'avoir contre personne une action pour se le procurer. Donc si le donateur a des parents ou alliés en état de lui fournir des aliments, il n'est pas dans le besoin et le refus du donataire est légitime. Il n'est pas nécessaire d'un texte pour justifier une solution qui découle aussi naturellement des principes de la matière; tous les auteurs sont à peu près d'accord sur ce point (2).

244. La révocation pour cause d'ingratitude n'a jamais lieu de plein droit; une demande en justice est nécessaire :

ART. 957. La demande en révocation pour cause d'ingratitude devra être formée dans l'année, à compter du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour que le délit aura pu être connu par le donateur. — Cette révocation ne pourra être demandée par le donateur contre les héritiers du donataire, ni par les héritiers du donateur contre le donataire, à moins que, dans ce dernier cas, l'action n'ait été intentée par le donateur, ou qu'il ne soit décédé dans l'année du délit (*).

(*) Art. 957. — L. 139, D. 50, 17, *De div. reg. jur.*; L. 13, D. 47, 10, *De injur.*

(1) AUBRY et RAU, § 708, texte et note 8; DEMOLOMBE, t. XX, n° 639; LAURENT, t. XIII, n° 9; *Contrà*, DEMANTE, IV, n° 98 *bis* V; ARNTZ, t. II, n° 1918.

(2) *Contrà*, BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 513.

L'action ne dure qu'une année. Le donateur qui, pouvant agir, demeure une année dans l'inaction, est présumé avoir renoncé à son droit, soit par indifférence, soit par l'effet d'un pardon accordé au donataire.

Le délai d'un an court du jour où le donateur aura su que le fait d'ingratitude dont il a été victime a été commis par le donataire.

D'après l'art. 637, C. inst. crim., l'action civile se prescrit par le même laps de temps que l'action publique, attendu qu'il y aurait inconvénient à constater au civil l'existence d'un fait punissable, alors que l'action publique étant prescrite ne peut plus plus atteindre ce fait. Mais il n'en est pas ainsi de l'action en révocation pour cause d'ingratitude qui est une action pénale. Supposons que le donateur ait été victime d'une tentative d'assassinat dont il ignore l'auteur. Plus de dix ans après, c'est-à-dire quand la prescription a éteint l'action publique, il découvre que l'auteur de cette tentative est le donataire lui-même; il pourra agir en révocation dans l'année de cette découverte, et prouver, par conséquent, que le donataire a commis contre lui un crime qui ne peut plus être puni. C'est là un résultat fâcheux que la loi aurait pu éviter.

Le même fait d'ingratitude peut donc engendrer contre le donataire trois actions différentes :

1° L'action publique, si le fait est punissable;

2° L'action civile en réparation du préjudice qui en résulte;

3° L'action en révocation de la donation.

Il pourra donc arriver, après l'expiration de l'année utile, que le donateur qui a perdu l'action en révocation, ait encore à son service l'action civile en réparation du préjudice résultant du fait punissable.

L'année utile court du jour que le fait imputé au donataire *a pu être connu par le donateur*. Il était nécessaire qu'il en fût ainsi, car on ne pouvait soumettre le donataire qui soutient que l'année est écoulée, à l'obligation de prouver rigoureu-

sement que le donateur a commencé à tel moment précis, à avoir connaissance du fait d'ingratitude. Il suffira donc que le donataire démontre qu'il s'est écoulé plus d'une année depuis que le donateur a pu avoir connaissance de ce fait, sauf au donateur à démontrer de son côté qu'en réalité il a connu le fait depuis moins d'un an (1).

245. Quoique pénale et ayant pour base un intérêt moral, l'action en révocation soulève en même temps un intérêt pécuniaire. Elle est donc, à raison de ce dernier point de vue, transmissible aux héritiers légitimes et à tous les autres successeurs universels du donateur (2). La loi semble apporter une restriction à cette transmissibilité en déclarant que l'action sera transmise dans deux cas seulement : 1° si elle a déjà été intentée par le donateur; 2° si le donateur est décédé dans l'année du délit. Mais comme le donateur ne peut agir que dans l'année du délit, il s'ensuit que ses héritiers ont absolument les mêmes droits que lui (3).

Les héritiers ont donc un droit d'action aussi étendu que leur auteur. Ils auront suivant les cas pour intenter l'action, soit une année entière si le donateur est mort sans avoir connu le délit, soit le reste de l'année qui aurait commencé à courir de son vivant, depuis le jour où il aurait pu connaître le délit. Le point de départ de l'année entière, ou de ce qui reste à courir de l'année commencée ne doit être que le jour où les héritiers eux-mêmes auront pu connaître le délit (4). Quand ils auront fait prononcer la révocation, ils

(1) Demante, t. IV, n° 100 *bis* III; Demolombe, t. XX, n° 664; Laurent, t. XIII, n° 32; Baudry-Lacantinerie, t. IV, n° 514.

(2) Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, n° 47; Demante, t. IV, n° 100 *bis* VIII; Demolombe, t. XX, n° 690; Laurent, t. XIII, n° 27; Comp. Aubry et Rau, n° 708, note 18.

(3) Aubry et Rau, § 708, texte et note 23; Marcadé, sur l'art. 957; Demolombe, t. XX, n° 683; Laurent, t. XIII, n° 26; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 515; *Contrà*, Demante, t. IV, n° 100 *bis* VI.

(4) Agen, 4 mars 1889, D. 90, 2, 282.

auront qualité pour faire annuler les actes entachés de simulation ou de défaut de cause servant de base à des hypothèques frauduleusement consenties sur les immeubles donnés (1).

246. L'action en révocation appartient à la catégorie des actions dites : *vindictam spirantes.* Tant qu'elle existe à l'état abstrait ou latent, elle ne peut être considérée comme étant entrée dans le gage commun des créanciers. Mais il en est autrement quand la réalité de son existence dans le patrimoine résulte d'un acte de volonté émané du sujet lui-même, ou lorsque les héritiers en sont investis. Les créanciers de ces derniers pourront donc revendiquer l'exercice de l'action en révocation, car ils la trouvent dans le patrimoine de leur débiteur (2).

Ce qui pourrait faire douter de la légitimité de cette solution, c'est que les héritiers paraissent avoir le droit personnel de pardonner en ne donnant pas suite à l'action commencée par leur auteur, ou en ne la commençant pas quand ils peuvent le faire (3). Mais nous ne croyons pas qu'ils puissent à proprement parler pardonner une injure qu'ils n'ont pas personnellement reçue. Il semble qu'un tel pardon ne soit pas compatible avec le respect qu'ils doivent à la mémoire de leur auteur qui a manifesté une volonté différente en intentant lui-même l'action, ou qui est présumé n'avoir pas pardonné s'il est décédé dans le délai utile pour l'introduire.

Nous ne voulons pas dire par là, que les héritiers sont obligés d'intenter l'action ou de la continuer. Nous leur reconnaissons au contraire le droit de l'abandonner, mais uniquement en vertu du principe général qui donne à toute personne investie d'un droit, la faculté de ne point en pour-

(1) Liège, 29 mai 1889, *Pas.*, 89, 2, 347; DEMANTE, t. IV, n° 100 *bis* VII; DEMOLOMBE, t. XX, n° 685, 686; BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 957, n° 9; Comp. AUBRY et RAU, § 708; LAURENT, t. XIII, n°s 34, 35.

(2) DEMANTE, t. IV, n° 100 *bis* VIII; DEMOLOMBE, t. XX, n° 692.

(3) AUBRY et RAU, § 708, note 18; LAURENT, t. XIII, note 28.

suivre la reconnaissance rigoureuse en justice. Aussi ne voyons-nous pas la moindre difficulté à reconnaître aux créanciers des héritiers le droit d'intenter l'action, si elle n'a pas été intentée par ces derniers, et le droit de la poursuivre si elle a déjà été portée devant les tribunaux. Dans cette dernière hypothèse ils pourraient se porter intervenants dans l'instance comme pourrait le faire un cessionnaire; c'est ce qui a été reconnu pour ce dernier par la jurisprudence (1).

247. L'action en révocation pour cause d'ingratitude peut aussi être cédée quand elle existe dans le patrimoine du donateur (2). Sans doute elle ne pourrait être cédée préventivement avant qu'elle soit ouverte par l'ingratitude commise, mais ce n'est pas, comme le dit Demolombe, parce qu'une telle cession blesserait l'ordre public (3); c'est par le motif autrement sérieux que, pour pouvoir être cédée, une action doit d'abord exister. Dans l'espèce, il n'y a pas même une *spes actionis*, il n'y a qu'une éventualité.

Lorsque le fait d'ingratitude est accompli, les auteurs sont généralement d'accord pour reconnaître que la *personnalité* de l'action ne s'oppose pas à ce qu'elle soit cédée. Demolombe lui-même adopte cette solution : « Mais ne faudrait-il pas, dit-il, y apporter du moins ce tempérament que le donateur conserverait toujours, malgré la cession, le droit de pardonner sauf à indemniser son cessionnaire? Est-il bien, en effet, est-il moral que le donateur se mette dans une situation où il ne pourrait plus suivre le meilleur des sentiments du cœur humain, et accorder le pardon au donataire, dont le repentir l'aurait désarmé et attendri (4). » Une telle émotion nous paraît intempestive, car il suffit de faire la distinction sui-

(1) CHAUVEAU-CARRÉ, III, p. 199, note 4-3°; Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, n° 101.

(2) LAURENT, t. XIII, n° 29.

(3) T. XX, n° 694.

(4) *Ibid.*

vante : Si l'action en révocation était déjà introduite et contestée au moment de la cession, la cession a porté sur un droit litigieux, elle est donc passible du retrait, le donateur qui veut pardonner n'a qu'à faire tenir au donataire la somme nécessaire pour exercer le retrait et indemniser le cessionnaire. — Si l'action en révocation n'était pas encore introduite au moment de la cession, le donateur pourra, s'il le veut, indemniser le donataire des conséquences de l'action en révocation (1).

248. L'action en révocation, vu son caractère pénal, ne peut être intentée que contre le donataire lui-même. Si ce dernier est mort, l'action ne peut plus être intentée contre ses héritiers. Si pendant l'année utile, l'action a été intentée contre le donataire vivant qui décède ensuite durant l'instance, pourra-t-elle être continuée contre ses héritiers ? C'est là une vieille question théorique demeurée controversée. On peut soutenir que l'action, bien que pénale quant à sa base, soulève cependant une question d'intérêt pécuniaire, et que l'art. 957 § 2 décide seulement que la révocation ne peut pas être *demandée* contre les héritiers du donataire, ce qui ne paraît pas s'opposer à ce que l'action commencée soit *continuée* (2). Mais on peut répondre qu'il s'agit de savoir s'il est permis de *continuer à demander* contre les héritiers du donataire une révocation qui n'a pu, sans un texte spécial, passer aux héritiers du donateur (3).

249. La révocation pour cause d'ingratitude n'a pas lieu de plein droit (art. 956); elle doit être demandée en justice, et ses effets doivent être examinés tant à l'égard du donataire lui-même qu'à l'égard des tiers.

(1) Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, n° 167.

(2) Duranton, t. XIII, n° 562; Aubry et Rau, § 708, texte et note 21; Laurent, t. VIII, n° 30; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 515.

(3) Demante, t. IV, n° 100 *bis* V; Demolombe, t. XX, n° 679.

ART. 958. La révocation pour cause d'ingratitude ne préjudiciera ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il aura pu imposer sur l'objet de la donation, pourvu que le tout soit antérieur à l'inscription qui aurait été faite de l'extrait de la demande en révocation, en marge de la transcription prescrite par l'article 939. — Dans le cas de révocation, le donataire sera condamné à restituer la valeur des objets aliénés, eu égard au temps de la demande, et les fruits, à compter du jour de cette demande.

Quand la révocation est prononcée, le donateur a le droit de reprendre en nature les biens qui existent encore entre les mains du donataire, mais dans l'état où ils se trouvent, non détériorés par le fait du donataire ingrat. Le donateur et le donataire doivent se faire compte des détériorations et des améliorations. Si les impenses du donataire ont donné une plus-value, le donateur qui en profite lui devra une indemnité. Il semble légitime d'accorder en ce cas au donataire le droit de rétention; mais cela est contesté à cause du caractère exceptionnel de ce droit (1). Le donateur devra d'ailleurs respecter les actes d'administration faits par le donataire, tels que les baux, alors même que ces baux, s'ils excèdent neuf ans, n'ont pas été transcrits ou n'ont pas date certaine.

Conformément à la règle ordinaire le donataire conserve les fruits jusqu'au jour de la demande, et même si la révocation est prononcée contre une femme mariée, le donateur n'obtiendra pas les fruits à partir de cette époque contre un mari qui, en vertu des conventions matrimoniales, aurait l'usufruit des biens donnés (2), sans qu'il y ait à distinguer entre le cas où la donation a été faite à la femme avant son mariage et celui où la donation a été faite depuis le mariage (3). Le mari en effet est un tiers.

250. Or, à l'égard des tiers qui se sont conformés à la loi

(1) BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 958, n° 12 *bis;* Voy. Liège, 10 mai 1862, *Pas.*, 62, 2, 405.

(2) LAURENT, t. XIII, n° 52; DALLOZ, *Des donations*, n° 1830.

(3) *Contrà*, DURANTON, t. VIII, n° 563; DEMOLOMBE, t. XX, n° 703 *bis*.

hypothécaire pour la conservation de leurs droits, la révocation pour cause d'ingratitude, qui est moins une cause de résolution qu'une peine ne devant atteindre que le coupable, ne rétroagit pas au jour de la donation, mais seulement au jour de la demande. Et même lorsqu'il s'agit de biens et droits susceptibles d'hypothèque, la révocation n'a d'effet à l'égard des tiers qu'à dater du jour où la demande devant le tribunal, et non la citation en conciliation, a été inscrite en marge de la transcription de l'acte de donation. Jusqu'à ce moment la demande ne préjudicie pas aux aliénations faites par le donataire ni aux droits réels qu'il aura pu créer sur l'immeuble provenant de la donation; sauf au donateur ou à ses héritiers, le cas échéant, à faire annuler pour simulation ou défaut de cause, les aliénations dont s'agit (1).

Si la donation n'a pas eu pour objet des biens susceptibles d'hypothèques, les tiers qui auront traité avec le donataire dans l'ignorance de l'action en révocation intentée contre lui par le donateur, seront atteints par le jugement dont les effets remonteront au jour de la demande. Si donc le donataire d'une créance a cédé cette créance postérieurement à la demande en révocation, la cession tombera comme faite par quelqu'un sans qualité, alors même que le cessionnaire, avant le jugement, se serait conformé à l'art. 1690 (2).

251. De ce que l'action en révocation dont nous parlons a un caractère pénal, il suit qu'elle ne peut atteindre les donations qui n'ont pas pour but final exclusif l'avantage du donataire considéré seul; par conséquent :

ART. 959. Les donations en faveur de mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude.

Mais il faut pour qu'il en soit ainsi qu'il s'agisse d'une donation faite en vue d'un mariage convenu avec une per-

(1) Agen, 4 mars 1889, S. 89, 2, 139.

(2) AURRY et RAU, § 708, note 31; LAURENT, t. XIII, n° 42; *Contrà*, DEMANTE, t. IV, n° 101 *bis* V; DEMOLOMBE, t. XX, n° 704.

sonne déterminée, et non d'une libéralité ayant simplement pour but de faciliter, d'une manière générale, l'établissement du donataire. Peu importe d'ailleurs que la donation soit faite dans le contrat de mariage lui-même ou par acte séparé.

L'exception consacrée par l'art. 959 s'applique uniquement aux donations faites par des tiers aux futurs époux ou à l'un d'eux, elle ne saurait être étendue aux donations qui interviennent entre *futurs époux*. Il importe peu que les art. 960 et 1088 appellent les libéralités de ce genre : *donations en faveur du mariage;* une terminologie contestable ne peut fournir une raison de décider. La vérité est que la raison sur laquelle repose l'exception dont il s'agit n'existe pas pour les donations entre futurs époux, puisque la révocation de telles donations ne peut nuire qu'à l'époux ingrat. Ces donations doivent donc être révocables pour cause d'ingratitude, et elles sont même révoquées de plein droit au préjudice de l'époux contre lequel le divorce ou la séparation de corps a été prononcée (1); nous avons déjà eu l'occasion de nous expliquer sur ce point (Voy. t. II, nos 412 et 413).

Les avantages faits en exécution de l'art. 1525, ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude, il s'agit alors non d'une véritable libéralité mais d'une convention entre associés (2).

§ 3. — Révocation pour cause de survenance d'enfant.

252. — Base juridique de l'art. 960; étendue de la disposition.
253. — Exceptions qu'elle comporte.
254. — Conditions de la révocation; d'abord le donateur ne doit pas avoir d'enfants vivants au moment de la donation.

(1) Aubry et Rau, § 708, texte et note 11 ; Demante, t. II, n° 29 *bis* et t. IV, n° 102 *bis* I et II; Demolombe, t. IV, n° 528; Laurent, t. XIII, n° 21; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 511; Cass. 18 fév. 1874, D. 74, 1, 197; Trib. Bruxelles, 26 déc. 1888, *Pas.*, 89, 3, 76.

(2) Trib. Bruxelles, 26 déc. 1888, *Pas.*, 89, 3, 76; Bruxelles, 19 juill. 1886, *Pas.*, 87, 2, 29.

255. — Survenance postérieure d'un enfant vivant et viable; applications diverses.
256. — La révocation a lieu de plein droit; ses effets quant au donataire, art. 962;
257. — Ses effets à l'égard des tiers, art. 963.
258. — La donation ainsi révoquée ne peut être confirmée, art. 964; prohibition de toute clause dérogatoire au principe de la révocation, art. 965.
259. — Durée de l'action en révocation, art. 966.

252. Le principal avantage résultant d'une donation consiste dans la sécurité conférée au donataire qu'il conservera définitivement la propriété des biens transmis. Cette sécurité n'est pas altérée par l'éventualité d'une révocation pour inexécution des charges ou pour ingratitude. Il dépend en effet du donataire d'exécuter les conditions imposées à la donation, ou de ne pas se montrer ingrat dans le sens de la loi. Mais il en est autrement des conditions casuelles librement acceptées par le donataire; c'est la loi du contrat. Or, du moment que le donataire peut accepter des conditions casuelles formellement exprimées, on a pensé qu'il était légitime d'admettre une révocation forcée et de plein droit des donations pour cause de survenance d'enfants à un donateur qui n'avait pas d'enfants au moment de la donation.

Rien de plus absurde, au témoignage de Vinnius, que de suspendre indéfiniment une telle cause de résolution sur la tête du donataire et des tiers : *quo nihil absurdius dici potest* (1). Néanmoins l'ordonnance de 1731 n'hésita pas à adopter cette solution, et le Code civil à son tour n'a pas hésité à la faire revivre :

Art. 960. Toutes donations entre-vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation, de quelque valeur que ces donations puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été faites en faveur de mariage *par autres que par les ascendants aux conjoints, ou par les conjoints*

(1) *Select juris quæst.*, lib. 11, cap. 22.

l'un à l'autre, demeureront révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur, même d'un posthume ou par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent, s'il est né depuis la donation.

ART. 961. Cette révocation aura lieu, encore que l'enfant du donateur ou de la donatrice fût conçu au temps de la donation.

Il s'agit ici d'une condition résolutoire *légale*, imposée par la loi qui a voulu protéger le donateur contre sa propre imprévoyance, et non d'une condition résolutoire *tacite*. C'est pour ce motif que la révocation a lieu de plein droit, et que le donateur ne peut pas y renoncer.

Cette révocation de plein droit atteint toute espèce de donations, mutuelles, rémunératoires, avec charges, ostensible ou déguisée (1). Elle atteint également les donations faites en faveur du mariage.

Cependant le texte déclare qu'il n'en est pas ainsi des donations faites en faveur du mariage par les ascendants aux conjoints. Mais dans ce cas le donateur a des enfants au moment de la donation, puisque la libéralité s'adresse à un enfant..... Il n'y a donc pas véritablement exception.

253. Il y a au contraire véritable exception pour les donations faites en faveur du mariage par les conjoints l'un à l'autre. La révocation n'a pas lieu en pareil cas parce qu'il est impossible de supposer qu'en faisant à son futur conjoint une libéralité, le donateur n'a pas envisagé l'éventualité d'une survenance d'enfants. Or il a voulu maintenir la donation même en cas de survenance d'enfants, sans distinguer si l'enfant à survenir sera issu de son mariage avec le conjoint donataire, ou d'un subséquent mariage en cas de dissolution du premier (2). Mais on peut répondre que, malgré la généralité des termes de l'art. 960, il faut restreindre la solution qui précède au cas où il s'agirait de la survenance d'un enfant commun au donateur et au conjoint donataire. Il n'est

(1) Cass. 9 juill. 1879, D. 80, 1, 27.

(2) AUBRY et RAU, § 709, texte et note 15; DURANTON, t. VIII, n° 582; DEMOLOMBE, t. XX, n° 772; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 527.

pas possible d'admettre qu'au moment même où il faisait une donation à son futur conjoint, le donateur envisageait l'éventualité d'une dissolution du mariage projeté sans laisser d'enfants, et la possibilité pour lui de contracter un second mariage qui produirait des enfants, et qu'en présence de cette double perspective il entendait néanmoins préférer son premier conjoint aux enfants qu'il pourrait avoir d'un second! Dans une telle hypothèse, on retrouve tous les motifs qui ont porté le législateur à consacrer la révocation des donations pour cause de survenance d'enfants, et aucun de ceux qui ont motivé l'exception mentionnée par l'article 960 (1).

Cette exception concerne uniquement les donations faites *en faveur du mariage.* Or, ce caractère ne peut résulter que d'une stipulation insérée dans l'acte de donation, et non de cette circonstance que le mariage aurait suivi la donation. Une donation entre-vifs faite dans les conditions ordinaires serait donc révoquée par la survenance d'enfants au donateur, quand même ces enfants proviendraient d'une union ultérieurement contractée entre la donataire et le donateur, quand même la donation, dont le caractère n'a pu être changé, aurait été rappelée dans le contrat de mariage. Voilà donc une hypothèse où, par le fait de la loi, une personne aura intérêt à ne pas épouser son bienfaiteur, ou, l'ayant épousé, à ne pas avoir d'enfants.

Ajoutons enfin que les donations faites entre époux pendant le mariage, ne sont pas révoquées par la survenance d'enfants (art. 1096).

254. La première condition requise pour que la révocation ait lieu, c'est que le donateur n'eût pas d'enfants ou de descendants vivants au moment de la donation.

Donc la présence certaine, au moment de la donation, d'un

(1) LAURENT, t. XIII, n° 79; Gand, 28 mars 1885, *Pas.*, 85, 2, 215.

seul enfant légitime ou légitimé, déjà né et non simplement conçu, suffit pour empêcher la révocation s'il en survient d'autres.

On est à peu près d'accord aujourd'hui pour reconnaître que l'existence à l'époque de la donation d'un enfant naturel reconnu ne fait pas obstacle à la révocation, quand même l'enfant naturel serait lui-même le donataire. D'ailleurs la loi résout implicitement la difficulté en déclarant que la donation n'est pas révoquée par la légitimation d'un enfant naturel né avant la donation; cela n'avait pas besoin d'être dit, si l'existence de cet enfant au moment de la donation avait dû faire obstacle à la révocation (1).

Il faut en dire autant de la présence d'un enfant adoptif au moment de la donation.

Que faut-il décider à l'égard de l'enfant absent au moment de la donation ?-Doit-on l'assimiler à un enfant décédé? Nous pensons qu'il faut considérer comme étant sans enfant, le donateur dont l'enfant unique était absent au moment de la donation, si les circonstances étaient de nature à faire croire au donateur que l'enfant était décédé, et admettre que le retour de l'absent ou la survenance d'un autre enfant opère révocation de la donation. On objecte que le donateur soutenant que la donation est révoquée pour cause de survenance d'enfant, doit prouver qu'il n'avait pas d'enfant au moment de la donation, et qu'il ne fait pas cette preuve, l'absence laissant planer l'incertitude la plus complète sur le sort de l'absent (2). Mais c'est tout le contraire; en établissant l'absence, au moment de la donation, de son enfant unique, le donateur prouve qu'il n'avait pas, à la même époque, d'enfant certainement vivant. Or, c'est seulement la présence d'un enfant cer-

(1) AUBRY et RAU, § 709, texte et note 19; DEMANTE, t. IV, n° 703 *bis* VII; DEMOLOMBE, t. XX, n° 729; LAURENT, t. XIII, n° 58; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 530; Aix, 11 mars 1874, D. 75, 2, 28.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 530.

tainement et non hypothétiquement vivant qui peut mettre obstacle à la révocation.

255. La seconde condition requise pour que la révocation se produise, consiste dans la survenance d'un enfant légitime même posthume, né viable ou d'un enfant naturel qui soit ensuite légitimé par un mariage subséquent. La loi exige que l'enfant naturel soit né depuis la donation. La donation ne serait point révoquée par l'adoption que ferait le donateur (1).

La donation ne serait pas révoquée par la survenance d'un enfant issu d'un mariage putatif, lorsque l'époux donateur était de mauvaise foi. Le donataire actionné en révocation de donation pour survenance d'enfant peut se défendre en établissant que cette prétendue survenance d'enfant est le résultat d'une supposition de part. Mais il ne pourrait être admis à prouver que le donateur n'est pas le père de l'enfant quand même il ne se serait pas écoulé cent quatre-vingts jours depuis la célébration du mariage.

Nous savons que, d'après une jurisprudence que nous avons eu l'occasion d'apprécier (Voy. t. III, n° 72), la légitimation par mariage subséquent est d'ordre public en France. Il s'ensuit que le mariage contracté en France entre un étranger et une Française entraîne la légitimation de leurs enfants naturels reconnus, alors même que la législation du pays du mari n'admettrait pas ce mode de légitimation. D'où la conséquence que les donations faites par le père étranger, avant la naissance des enfants qu'il a ainsi légitimés et à une époque où il était sans enfants, seront révoquées de plein droit.

256. La révocation a lieu de plein droit et par le seul effet de la loi. Si une action en justice est nécessaire, le juge se bornera à déclarer que la révocation s'est produite et doit entraîner les effets qui lui sont propres.

(1) Cass. 2 fév. 1862, D. 62, 1, 33.

Par conséquent, si la donation n'a pas encore été exécutée, le donataire pourra opposer la révocation pour se dispenser d'y donner suite.

ART. 962. La donation demeurera pareillement révoquée, lors même que le donataire serait entré en possession des biens donnés, et qu'il y aurait été laissé par le donateur depuis la survenance de l'enfant; sans néanmoins que le donataire soit tenu de restituer les fruits par lui perçus, de quelque nature qu'ils soient, si ce n'est du jour que la naissance de l'enfant ou sa légitimation par mariage subséquent lui aura été notifiée par exploit ou autre acte en bonne forme; et ce, quand même la demande pour rentrer dans les biens donnés n'aurait été formée que postérieurement à cette notification.

L'inaction ou la négligence du donateur, quand même elles correspondraient dans son esprit à une renonciation tacite à la révocation, ne produiraient pas plus d'effet que la renonciation expresse prohibée par l'art. 965.

La révocation ne donnera lieu à aucune indemnité en faveur du donataire. Elle n'oblige même pas le donateur au remboursement des frais et honoraires auxquels l'acte a donné lieu et qu'une clause expresse de cet acte aurait mis à la charge du donataire (1).

Mais d'un autre côté, le donataire n'est pas tenu de rendre tous les fruits qu'il a retirés des biens donnés. Il a droit jusqu'à la notification de la naissance de l'enfant ou de sa légitimation, à tous les fruits de quelque nature qu'ils soient, intérêts ou arrérages, déjà perçus, ou même qu'il aurait pu percevoir (2). On a soutenu cependant qu'à l'égard des fruits échus depuis la naissance de l'enfant, il ne saurait les gagner que comme possesseur de bonne foi, que par suite il doit les percevoir, et qu'il n'a aucune réclamation à faire s'il ne les a pas perçus (3). Mais cela est contraire au texte et à l'esprit de l'art. 962, et il est arbitraire de vouloir transporter ici la

(1) Trib. Dinan, 8 avr. 1881, *Pas.*, 82, 3, 279.

(2) Gand, 28 mars 1885, *Pas.*, 85, 2, 215.

(3) AUBRY et RAU, § 709, note 32; DEMOLOMBE, t. XX, n° 794; Grenoble, 30 avr. 1858, D. 58, 2, 164.

théorie de la possession de bonne foi en matière d'attribution des fruits (1). La connaissance que le donataire aurait eue de la naissance de l'enfant ne suffit pas pour lui faire perdre les fruits.

La révocation de la donation se traduit entre les parties par une résolution du contrat. Les biens font immédiatement retour au donateur qui devra cependant respecter les baux et autres actes d'administration faits par le donataire. Le donateur, dès la naissance de l'enfant, pourra donc disposer des biens même à l'égard des tiers et à titre gratuit. Les enfants du donateur ne pourront réclamer ces biens qu'à titre d'héritiers, et s'ils les trouvent encore dans la succession. Si l'enfant dont la naissance a opéré la révocation vient à mourir, et si le donateur n'a pas disposé des biens, ces biens reviendront, non au donataire, mais aux collatéraux héritiers du donateur décédé sans enfants.

257. Vis-à-vis des tiers, le donateur redevenu propriétaire, aura l'action en revendication.

Art. 963. Les biens compris dans la donation révoquée de plein droit, rentreront dans le patrimoine du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire, sans qu'ils puissent demeurer affectés, même subsidiairement, à la restitution de la dot de la femme de ce donataire, de ses reprises ou autres conventions matrimoniales; ce qui aura lieu quand même la donation aurait été faite en faveur du mariage du donataire et insérée dans le contrat, et que le donateur se serait obligé comme caution, par la donation, à l'exécution du contrat de mariage.

En ce qui concerne le cautionnement, il n'est pas nécessaire, pour l'application de la règle précédente, qu'il soit fait dans le même acte que la donation, dans le contrat de mariage: il n'échapperait pas à la révocation s'il était fait par acte séparé, sinon, il serait trop facile d'éluder la loi. Le cautionnement des conventions matrimoniales donné par toute autre personne que le donateur, sans faire de donation dans le

(1) Laurent, t. XIII, n° 90.

contrat, ne serait pas révoqué pour cause de survenance d'enfant (1).

Le tiers acquéreur gagnera les fruits jusqu'au moment où la naissance de l'enfant lui aura été notifiée; il doit avoir les mêmes droits que le donataire lui-même, autrement la donation nuirait au donataire vendeur, si l'acquéreur agissait contre lui en garantie (2).

258. La survenance d'enfants fait rentrer les biens donnés dans le patrimoine du donateur purement et simplement :

ART. 964. Les donations ainsi révoquées ne pourront revivre ou avoir de nouveau leur effet, ni par la mort de l'enfant du donateur, ni par aucun acte confirmatif; et si le donateur veut donner les mêmes biens au même donataire, soit avant ou après la mort de l'enfant par la naissance duquel la donation avait été révoquée, il ne le pourra faire que par une nouvelle disposition.

On voit donc que la révocation a lieu dans l'intérêt du donateur, comme père des enfants qui lui sont survenus, mais indirectement seulement dans l'intérêt de ces derniers, et pour le cas où le donateur ne dispose pas de nouveau des mêmes biens.

C'est à cause de cet intérêt indirect des enfants, que la loi a édictée la disposition suivante :

ART. 965. Toute clause ou convention par laquelle le donateur aurait renoncé à la révocation de la donation pour survenance d'enfant, sera regardée comme nulle, et ne pourra produire aucun effet.

259. En ce qui touche la durée de l'action appartenant au donateur pour recouvrer les biens qui faisaient l'objet de la donation révoquée, la loi a compris sous la même règle l'action dirigée contre le donataire ou ses héritiers, et celle qui peut être exercée contre les tiers détenteurs :

ART. 966. Le donataire, ses héritiers ou ayants-cause, ou autres détenteurs des choses données, ne pourront opposer la prescription pour faire valoir la donation révoquée par la surve-

(1) BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 963, n° 1.

(2) DEMOLOMBE, t. XX, n° 801; LAURENT, t. XIII, n° 94; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 539; Comp. AUBRY et RAU, § 709, note 35.

nance d'enfant, qu'après une possession de trente années, qui ne pourront commencer à courir que du jour de la naissance du dernier enfant du donateur, même posthume ; et ce, sans préjudice des interruptions, telles que de droit.

Il faut remarquer les dérogations que cette disposition apporte au droit commun :

Vis-à-vis du donataire ou de ses héritiers, l'action personnelle devrait régulièrement se prescrire par trente ans commençant à courir du jour même où l'action est née, c'est-à-dire du jour de la révocation.

Vis-à-vis d'un tiers détenteur, l'action réelle appartenant au donateur ou à ses héritiers, devrait régulièrement se prescrire par trente ans devant courir du jour où la possession a commencé, et même par dix ou vingt ans si la possession est de bonne foi et repose sur un titre.

Le législateur semble donc avoir voulu organiser dans notre matière une prescription qui est plutôt extinctive de l'action quelconque appartenant au donateur ou à ses héritiers, qu'acquisitive au profit du donataire, de ses héritiers ou de ses ayants-cause. C'est ce qui paraît résulter des termes fort clairs de l'art. 966 portant que les divers intéressés ne peuvent opposer la prescription *pour faire valoir la donation révoquée par la survenance d'enfant*..... Donc, après l'accomplissement de cette prescription, le donataire, ses héritiers ou ayants-cause conservent les biens à titre de donataire, et non en vertu d'un nouveau titre qui ne serait autre que la prescription elle-même.

La donation se trouverait donc en quelque sorte validée, quoique la loi ait déclaré qu'elle ne peut l'être par aucun acte confirmatif (art. 964). Il faudrait reconnaître que, dérogeant à l'art. 964, la loi a admis une cause spéciale de confirmation, et que par suite, après l'accomplissement de cette prescription spéciale, la donation demeure :

1° Rapportable ;

2° Réductible ;

3° Révocable pour cause d'inexécution des charges ou pour cause d'ingratitude (1).

Peut-être pourrait-on dire que la loi s'est placée en présence de l'hypothèse la plus fréquente, celle où le défendeur prétend en effet *faire valoir la donation* en opposant la prescription, par exemple lorsqu'il ne méconnaît pas sa qualité de donataire ou bien d'héritier ou ayant-cause du donataire.

§ 4. — Donations faites dans les colonies ou à l'étranger ou en France par un étranger. — Régime fiscal des donations.

260. — Donations dans les colonies régies par le droit musulman.
261. — Donations faites à l'étranger par un Français, ou en France par un étranger ; règles de forme.
262. — Règles du fond.
263. — Régime fiscal des donations.

260. La législation coloniale ne comporte d'application particulière, en matière de donation, que dans les pays où il existe une classe d'indigènes ayant conservé le droit d'être régis par leurs lois ou coutumes, c'est-à-dire dans l'Inde, en Extrême-Orient, en Algérie et en Tunisie.

Le droit musulman suivi en Algérie et en Tunisie contient le principe de toutes les règles du droit romain et du droit français, modifiées par les mœurs et les croyances des populations qu'il régit (2).

La donation transfère par elle-même la propriété : « Car faire une donation c'est transmettre, par le moyen de la parole, le droit de propriété. En outre l'acceptation et la prise

(1) AUBRY et RAU, § 709 ; DEMANTE, t. IV, n° 110 *bis* V ; DEMOLOMBE, t. XX, n°s 813 et suiv. ; MOURLON, t. II, n° 771 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 541 ; *Contrà*, MARCADÉ, sur l'art. 966 ; LAURENT, t. XIII, n° 99.

(2) Voy. KHALIL-IBN-ISHAK, *Traduct.* PERRON, t. V, p. 64 et suiv. ; *Le Droit musulman*, par DE TORNAUW, *Traduct.* ESCHBACH, p. 181.

de possession sont de l'essence de la donation, à cette différence près, que l'acceptation en est la base constitutive et que la prise de possession en est la condition logique et intégrante, la raison finale, la mainlevée du droit d'usage du propriétaire donateur. — Toute donation devient nulle, et par conséquent est révoquée, lorsque la prise de possession est différée jusqu'à ce qu'apparaissent des créances qui égalent l'avoir du donateur, soit que les dettes aient précédé la donation, soit qu'elles lui soient postérieures, car la condition finale ou mainlevée du droit du propriétaire n'a pas été accomplie (1). »

D'après le droit musulman dans les établissements français de l'Inde, il est de principe que le donataire doit être mis en possession des immeubles donnés, faute de quoi la donation est nulle; si cette mise en possession peut quelquefois être différée, il faut dans tous les cas qu'elle ait lieu avant le décès ou la déconfiture du donateur (2).

Dans les établissements de l'Inde, les Indiens restés investis par l'arrêté du gouverneur du 6 janvier 1819 du droit d'être jugés suivant les lois et coutumes de leurs castes, conservent notamment la capacité de donner et de recevoir entre-vifs selon ces lois et coutumes (3).

Suivant le droit hindou il suffit, pour la validité d'une donation entre-vifs, que les formes observées par les parties aient eu une publicité suffisante pour assurer l'authenticité de la dite donation, et, par exemple, que l'acte de donation sous seing privé ait été déposé par le donateur dans l'étude d'un tabellion (4).

261. Nous avons examiné dans notre partie générale (t. Ier, nos 168 et suiv.) comment il convenait d'appliquer aux actes

(1) Khalil, t. V, p. 69.
(2) Cass. 26 déc. 1881, D. 82, 1, 149.
(3) Cass. 5 avr. 1876, D. 77, 1, 247.
(4) Pondichéry, 23 déc. 1873, D. 77, 1, 247.

pour lesquels la loi exige des formes spéciales, la règle *locus regit actum.*

En ce qui concerne les donations qu'un Français voudrait faire en pays étranger, il ne saurait y avoir de difficultés; l'acte sera valable du moment qu'il aura été passé dans la forme locale, fût-ce même dans la forme sous seing privé (1).

Réciproquement la donation faite en France par des étrangers dans la forme française sera valable en France, alors même que les parties n'auraient pas observé certaines prescriptions de la loi étrangère n'intéressant que la forme; telle serait une homologation exigée par la loi étrangère (2). Mais comme nous pensons que la règle *locus regit actum* a un caractère facultatif (Voy. t. Ier, nº 170), il faut décider que les étrangers pourraient faire en France une donation dans la forme sous seing privé, conformément à leur loi nationale (3), ou dans la forme conjonctive (4).

Remarquons toutefois que les donations de biens susceptibles d'hypothèques, quel que soit le pays où l'acte est passé, sont toujours soumises à la transcription conformément aux art. 939 et suiv.

262. En ce qui concerne les règles du fond, nous pensons qu'il faut, en général, rechercher quelle a été l'intention commune des parties, et appliquer le statut qu'elles se sont ainsi donné à elles-mêmes (Voy. t. Ier, nº 159).

Il est indubitable cependant que certaines prescriptions de la loi doivent échapper à l'autonomie de la volonté. Ainsi il faut ranger dans la catégorie des statuts réels, les lois qui défendent de donner les biens à venir autrement que par contrat de mariage (art. 943) ou qui ont pour but la trans-

(1) Cass. 18 avr. 1865, S. 65, 1, 317; Demolombe, t. XX, nº 113.

(2) Grenoble, 25 août 1848, S. 49, 2, 257; Demolombe, t. XX, nº 214.

(3) Douai, 13 juin 1887, *Journ. du Dr. int. pr.*, 87, p. 57.

(4) Paris, 24 déc. 1866, *Bull. com. de Paris*, 66, p. 789.

mission, la conservation des biens dans les familles (1). Par conséquent une donation de biens à venir faite hors mariage, en pays étranger, conformément à la loi étrangère permettant cegenre de disposition, ne saurait produire d'effet sur les biens situés en France (2). Par contre, une institution contractuelle faite par un père espagnol, au profit de sa fille italienne, contrairement à la loi espagnole mais conformément à la loi française, sera valable relativement aux immeubles français (3).

Or la loi qui prohibe les donations de biens à venir est présentée comme une conséquence de la règle *donner et retenir ne vaut*, et destinée à assurer l'irrévocabilité des donations. Cela veut-il dire que l'irrévocabilité des donations ayant pour but d'assurer la stabilité des propriétés et d'empêcher les libéralités trop faciles au détriment des héritiers légitimes doit être rattachée à la loi qui régit les successions? Plusieurs l'ont pensé (4), et cela a pu être vrai à l'origine. Mais aujourd'hui le point de vue a changé et l'irrévocabilité des donations paraît plutôt dépendre de la loi du contrat ou du statut personnel.

Dans cette opinion, le changement de nationalité des époux, qui deviennent tous deux citoyens d'uns nouvelle patrie, doit produire son effet sur la question de révocabilité des donations (5).

La logique n'exige pas que la loi qui régit l'irrévocabilité des donations régisse en même temps les cas dans lesquels la révocation peut avoir lieu.

(1) Demolombe, t. I, n° 83.

(2) Cass. 3 mai 1815, S. 15, 1, 352.

(3) Cass. 20 juin 1887, *Droit* du 2 juill. 1887; Voy. cependant Cass. 20 fév. 1882, S. 82, 1, 145, note de M. Labbé.

(4) Aubry et Rau, t. I, p. 101.

(5) Demangeat sur Fœlix, t. II, p. 247, note *a;* De Folleville, *De la natur.*, n° 675; *Contrà*, Fœlix, t. II. p. 147; Laurent, *Dr. int. pr.*, t. VI, n° 293.

Ainsi, la révocation pour cause d'inexécution des charges, ou pour cause d'ingratitude doit dépendre de la loi sous l'empire de laquelle les époux se sont placés (1), et les tribunaux français, au cas d'un donateur étranger, seraient compétents pour connaître d'une action en révocation intentée dans ces conditions (2).

Au contraire, la révocation pour cause de survenance d'enfants devrait dépendre de la loi qui régit les successions (3).

Remarquons enfin que les agents consulaires français compétents pour recevoir à l'étranger les actes intéressant les Français, le sont aussi pour recevoir les donations et testaments. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette compétence à propos des testaments.

263. Quel que soit le lieu où elles ont été faites, les donations, au point de vue fiscal, sont soumises en France à un droit proportionnel variant suivant la nature mobilière ou immobilière des biens transmis, et suivant le degré de parenté qui existe entre le donateur et le donataire.

Il faut observer que l'alliance n'est pas assimilée à la parenté, et les donations faites à un allié non parent sont passibles du droit établi sur les donations entre étrangers.

Il en est autrement de la parenté naturelle et du lien civil résultant de l'adoption. Le droit exigible sur la donation adressée à un enfant naturel reconnu doit être le même que celui qui a été fixé pour la ligne directe. Il doit encore en être ainsi pour les donations faites à un enfant adoptif.

Pour la perception effective du droit proportionnel, il faut distinguer entre les donations dont l'effet est immédiat ou actuel, et les donations éventuelles ou subordonnées à une

(1) Voy. Chambéry, 26 juin 1869, S. 70, 2, 279.

(2) Cass. 2 août 1876, D. 77, 1, 107.

(3) Laurent, *Dr. int, pr.*, t. VI, n° 291; mais voy. Cass. 23 nov. 1857, D. 57, 1, 423; Bourges, 26 mai 1858, D. 58, 2, 178; Comp. Bordeaux, 5 août 1872, S. 72, 2, 269.

condition suspensive. A l'égard des premières, le droit proportionnel est perçu lors de l'enregistrement de l'acte. Pour les secondes, il y a perception actuelle d'un droit fixe de 7 fr. 50, sauf la perception ultérieure du droit proportionnel lors de l'événement (1).

Les donations faites sous condition résolutoire rentrent dans la première classe, puisque la transmission en résulte immédiatement.

Les donations non encore acceptées rentrent dans la seconde classe et sont passibles d'un droit fixe de 3 fr. (2), le droit proportionnel est perçu sur l'acceptation.

Il en est de même des donations dont l'effet est subordonné au décès du donateur ; elles ne sont d'abord passibles que du droit fixe de 7 fr. 50 ; le droit proportionnel est perçu lors du décès.

Le droit proportionnel est acquitté d'après un tarif, qui est réduit pour les donations faites par contrat de mariage, et dont voici le tableau :

DEGRÉS DE PARENTÉ		DROIT	
		MEUBLES p. 100	IMMEUBLES p. 100
Ligne directe, contenant partage		1 »	1 50
— sans partage :	par contrat de mariage.	1 25	2 75
	hors contrat de mariage.	2 50	4 »
Entre époux :	par contrat de mariage.	1 50	3 »
	hors contrat de mariage.	3 »	4 50
Entre frères, sœurs, neveux et nièces, oncles et tantes.	par contrat de mariage.	4 50	4 50
	hors contrat de mariage.	6 50	6 50
Entre grands-oncles, grand'-tantes, petits-neveux, petites-nièces et cousins germains :	par contrat de mariage.	5 »	5 »
	hors contrat de mariage.	7 »	7 »
Au delà du 4e degré :	par contrat de mariage.	5 50	5 50
	hors contrat de mariage.	8 »	8 »
Entre non-parents :	par contrat de mariage.	6 »	6 »
	hors contrat de mariage.	9 »	9 »

(1) L. 28 avr. 1816, art. 45, L. 28 fév. 1877, art. 1.
(2) L. 28 fév. 1872, art. 1.

Le droit est perçu sur les valeurs sans distraction de charges.

La valeur des immeubles est déterminée par l'évaluation du produit brut des biens, d'après le bail courant; à défaut de bail par une évaluation fournie par les parties et susceptible d'être contrôlée par l'administration au moyen d'une expertise (1).

Le revenu déclaré est multiplié pour le droit à percevoir sur une transmission de *propriété:* par 20 s'il s'agit d'immeubles urbains, et par 25 s'il s'agit d'immeubles ruraux; et par 10 fr. ou 12 fr. 50 sur les transmissions d'usufruit (2).

La nue-propriété est évaluée comme la propriété entière, à moins qu'elle n'ait déjà acquitté les droits entiers lors d'une transmission antérieure.

Pour les meubles le droit est liquidé d'après la déclaration estimative des parties, à moins qu'il ne s'agisse de valeurs telles que les créances et les rentes dont l'évaluation est faite d'office par une loi; ainsi :

Pour une *rente perpétuelle,* le droit est liquidé sur un capital formé de vingt fois la rente constituée (3);

Pour une rente viagère sur un capital formé de dix fois la rente (4);

Pour une rente sur l'État sur le capital déterminé par le cours moyen de la Bourse à la date de la transmission (5);

Pour une créance ordinaire, sur le capital nominal et les intérêts échus ou courus (6);

Pour la donation d'un manuscrit, sur la valeur estimative déclarée, conformément à la disposition générale de l'art. 16 de la loi du 22 frimaire an VII (7).

(1) L. 22 frim. an VII, art. 5 et 10.
(2) L. 22 frim. an VII, art. 14; L. 21 juin 1875, art. 2.
(3) L. 22 frim. an VII, art. 14, n° 9.
(4) *Ibid.*
(5) L. 18 mai 1850, art. 7.
(6) L. 22 frim. an VII, art. 14, n° 2.
(7) Sur tous ces points, Voy. AMIAUD, *loc. cit.*, v° *Donat. entre-vifs*, n°s 118 et suiv.

CHAPITRE V.

DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES.

SECTION PREMIÈRE.

Des règles générales sur la forme des testaments.

§ 1er. — Prescriptions communes à tous les testaments.

264. — Les dispositions testamentaires, quels que soient les termes employés, ne peuvent valoir que comme legs, art. 967.
265. — Conséquences; application de la règle : *nemo partim testatus...*, etc.
266. — Tout testament doit être écrit; conséquences, principalement quant à l'interprétation des testaments.
267. — Prohibition du testament conjonctif, art. 968.
268. — Trois formes de testament seules admises par la loi, art. 969. Pourquoi le législateur a exigé certaines formes pour les testaments.

264. Le législateur commence par déblayer en quelque sorte le terrain.

Dans l'ancien droit les pays coutumiers prohibaient l'*institution d'héritier*, et quelquefois même déclaraient nul le testament où se rencontrait une telle expression.

Les pays de droit écrit, au contraire, exigeaient que le testament pour être valable renfermât une institution d'héritier.

Aujourd'hui ces distinctions n'existent plus, et les testateurs ne sont soumis à aucune terminologie spéciale :

ART. 967. Toute personne pourra disposer par testament, soit sous le titre de legs, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté.

Mais quelle que soit la dénomination employée, la disposition testamentaire ne peut valoir que comme legs (art. 1002). Par conséquent tous les institués, même sous la dénomination d'*héritiers* seront traités comme des *légataires*. Ils de-

vront donc demander la délivrance de leurs legs à celui qui a véritablement la qualité d'héritier, c'est-à-dire à l'héritier *ab intestat*. Dans un seul cas prévu par l'art. 1006, on rencontre, sauf la dénomination, une véritable institution d'héritier ; il s'agit d'un légataire universel en présence de successibles non réservataires.

Un testament aujourd'hui n'est donc plus soumis à la nécessité de contenir une institution d'héritier, et même, en dehors du cas de l'art. 1006, il n'est pas possible de concevoir une véritable institution d'héritier. On a donc pu dire que les testaments ne sont autre chose aujourd'hui : « que ce qu'étaient, d'après le droit écrit, les codicilles d'un *intestat*, c'est-à-dire d'une personne qui n'avait institué aucun héritier. »

265. C'est pour cela, d'après Demolombe, que le Code civil admet, comme le droit coutumier :

« 1° Que l'on peut laisser plusieurs testaments ;

2° Que l'on peut ne disposer, par testament, que d'une portion de son patrimoine, et mourir *partim testatus*, *partim intestatus* (1). »

C'est là une erreur complète. Cette règle constate simplement l'impossibilité rationnelle de laisser en même temps un *héritier* testamentaire et un *héritier ab intestat* (Voy. *suprà*, n° 6).

Or, il est manifeste qu'il n'est pas possible de prétendre instituer un *héritier*, même dans le cas de l'art. 1006, pour une partie des biens seulement. Si un testateur a prétendu réaliser cette impossibilité, il aura simplement réussi à se donner un démenti à lui-même. Ainsi un testateur avait attribué à son petit-fils la moitié de ses immeubles présents et à venir, dépendant de sa succession, en l'instituant *son héritier universel pour la dite moitié*. Il léguait en même temps à sa fille, mère du légataire, la somme de cinq sols en l'instituant

(1) T. XXI, n° 11.

son héritière particulière. Question de savoir à qui appartiendraient les biens dont le testateur n'avait pas disposé. Il fut jugé par la Cour de Toulouse que, malgré le modique legs de cinq sols, la mère, en sa qualité de fille et d'héritière légitime du testateur, avait été instituée héritière universelle pour tous les biens dont il n'avait pas été disposé; cette décision fut maintenue par un arrêt de rejet (1).

Ce qu'il importe de remarquer dans l'espèce qui précède, c'est la radicale impossibilité d'appliquer les termes du testament. Si l'on admet que le petit-fils doit avoir la qualité de légataire universel, on reconnaîtra que le testateur n'a pas pu, comme il l'a fait, l'instituer héritier pour partie seulement, et que la fille du testateur n'a plus la qualité d'héritière légitime et est simplement légataire. Si au contraire on admet que cette dernière est demeurée héritière légitime, comme semble le dire l'arrêt précité, c'est le petit-fils qui devient un simple légataire malgré, ou plutôt à cause de la qualification d'*héritier universel* pour moitié que lui a donné le testateur. Or, c'est ce résultat forcé qu'exprime la maxime : *nemo partim testatus*, etc.

De même, lorsqu'un testateur déclare instituer un héritier, il ne peut assigner un terme à la durée du titre de ce dernier. Tous les auteurs admettent cette solution nécessaire, même ceux qui prétendent que la règle *nemo partim...* n'existe plus. C'est qu'en réalité ils s'inspirent, non du Code civil qui est muet sur ce point, mais d'une règle de logique juridique qui s'impose à la raison (2).

266. Il résulte de toute l'économie de la loi que le testament doit être écrit (3). La loi ne reconnait pas le testament verbal ou nuncupatif, jadis en usage dans les pays de droit

(1) Cass. 3 juin 1818, D. v° *Dispos.*, n° 3570-4°. Voy. LAURENT, t. XIII, n° 507.

(2) Voy. MASSOL, *De la règle : nemo partim...*, *loc. cit.*, p. 478.

(3) Pau, 24 mars 1884, D. 85, 2, 201.

écrit, et il est impossible de concevoir l'existence d'un legs manuel. Mais une disposition de dernière volonté purement verbale bien qu'étant nulle de plein droit, pourrait cependant servir de cause à une obligation civile valable (1).

De ce que le testament doit être écrit, il suit :

1° Qu'une disposition de dernière volonté ne peut être prouvée par témoins, alors même qu'il y aurait un commencement de preuve par écrit (2);

2° Que lorsqu'il existe un testament dont les dispositions paraissent obscures et contradictoires, on ne peut recourir à la preuve testimoniale pour les expliquer, modifier ou annuler;

3° Qu'on ne peut déférer le serment, ni se prévaloir d'un aveu pour établir l'existence d'une disposition testamentaire;

4° Que les intentions et les désirs exprimés verbalement par un testateur n'ont aucune valeur juridique comme disposition de dernière volonté, et ne peuvent produire aucun effet civil; que par suite un prétendu legs verbal n'opère aucune mutation de propriété, et par suite ne donne pas lieu à la perception du droit de mutation par décès (3);

5° Que par suite c'est dans l'écrit même rédigé par le testateur que le juge doit rechercher la volonté de ce dernier (4); cela n'empêche pas qu'un testament puisse être déclaré valable bien qu'il se réfère, par exemple, pour la désignation des objets légués, à un autre acte non revêtu des formes testamentaires, lorsqu'il est constaté par les juges du fond, dont l'appréciation est souveraine à cet égard, que l'intention du testateur de répartir son patrimoine de la manière par lui indiquée, est clairement exprimée dans le testa-

(1) Toulouse, 5 avr. 1892, D. 92, 2, 568.

(2) Liège, 15 juin 1861, *Pas.*, 62, 2, 31.

(3) Trib. Gand, 15 mars 1882, *Pas.*, 82, 3, 275; conf. Cass. 28 déc. 1818, D. v° *Disposit.*, n° 3493-2°.

(4) Laurent, t. XIII, n° 106.

ment qui renferme ainsi la substance de la disposition (1).

En résumé, les juges du fait peuvent bien interpréter une clause obscure d'un testament à l'aide des autres passages du même testament, corroborée au besoin par les circonstances extrinsèques (2); mais ils ne pourraient l'interpréter en se fondant uniquement sur ces circonstances extrinsèques, même sous prétexte d'une erreur commise par le disposant et dont la preuve résulterait non du testament lui-même mais d'une expertise étrangère à cet acte (3). Le pouvoir d'interprétation qui appartient aux juges ne va pas en effet jusqu'à leur permettre de dénaturer les clauses d'un testament, et de les remplacer par des dispositions non écrites dans cet acte (4).

Lorsque les dispositions dernières d'une personne ont été consignées dans un testament régulier, que la condition d'écriture se trouve ainsi remplie, il peut arriver que ce testament soit détruit soit par l'effet d'un cas fortuit resté inconnu du testateur, soit par le fait des héritiers ou d'un tiers. Dans ce cas, les personnes à qui cette destruction porte préjudice sont admises à prouver par tous les moyens la perte ou la suppression du testament. L'art. 1348 qui admet la preuve testimoniale de l'existence de titres perdus ou détruits s'applique en effet aux testaments (5). Mais l'offre faite de prouver que des légataires ou des tiers ont détruit un ou plusieurs testaments émanant du *de cujus*, n'est pertinente que si la preuve offerte doit porter en même temps sur les dispositions contenues dans ces testaments, sur leur date, leur régularité et les circonstances, d'où il résulte que

(1) Cass. 17 déc, 1878, D. 80, 1, 257.
(2) Cass. 26 nov. 1888, D. 89, 1, 101.
(3) Cass. 9 août 1886, D. 87, 1, 40.
(4) Cass. 7 janv. 1889, S. 90, 1, 461; Cass. 3 janv. 1888, S. 88, 1, 70; Comp. Nancy 30 juin 1888, S. 89, 2, 5.
(5) Cass. 12 juin 1882, D. 82, 1, 299.

le testateur a eu jusqu'à sa mort l'intention de les maintenir (1).

Le prétendu légataire qui alléguerait avoir égaré le testament ne saurait être admis à en faire la preuve, l'art. 1348 ne s'appliquant pas au cas de négligence (2).

267. L'ancienne jurisprudence des parlements n'avait vu aucun inconvénient à tolérer les testaments *conjonctifs* qui sont aussi peu compatibles avec la faculté de faire librement des dispositions testamentaires qu'avec celle de les révoquer librement. L'ordonnance de 1735 (art. 77) les prohiba avec raison, et le Code civil a maintenu cette prohibition :

ART. 968. Un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle.

La pensée d'assurer ainsi la liberté des testateurs quant à la confection du testament a été secondaire, car les donations réciproques par le même acte sont permises, et cependant il était aussi indispensable d'assurer la liberté des donateurs. La vérité est que c'est surtout dans le but d'assurer la révocabilité absolue des testaments que la prohibition des testaments conjonctifs a été édictée. Ce qui prouve l'incontestable exactitude de cet aperçu c'est l'art. 1097 portant que les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire, ni par acte entre-vifs, ni par testament aucune donation *mutuelle* et *réciproque* par un seul et même acte. Pourquoi? Précisément parce que les donations entre époux sont essentiellement révocables d'après l'art. 1096, et qu'il fallait assurer cette révocabilité.

L'art. 968 ne s'oppose pas d'ailleurs à ce que deux personnes s'entendent pour faire simultanément des dispositions testamentaires au profit l'une de l'autre ou d'un tiers, ni même à ce qu'elles écrivent leur testament sur la même feuille

(1) Poitiers, 18 mars 1885, D. 86, 1, 289; Poitiers, 23 mars 1881, D. 81, 1, 152.

(2) LAURENT, t. XIII, n° 120; Comp. DEMOLOMBE, t. XXI, n° 36.

de papier, pourvu qu'elles forment des actes séparés (1).

On s'est demandé si l'art. 968 contenait une règle de *forme* ou une règle de *fond*. Ce que nous venons de dire semble devoir suffire pour résoudre la difficulté, car l'*irrévocabilité* tient au fond et non à la forme. Cependant l'opinion contraire prévaut dans la doctrine et la jurisprudence. Il est certain en effet que l'art. 968, indépendamment de la place qu'il occupe, présente une règle de forme ayant pour but de protéger l'observation d'une règle du fond, ce qui du reste est le propre de toute règle de forme.

De là il suit que le testament conjonctif fait avant la promulgation du Code français dans un pays réuni à la France et qui admettait ce mode de tester, devrait être maintenu quoique le testateur fût mort depuis, et que les testaments de cette nature seraient valablement faits par un Français dans un pays étranger où ces testaments seraient permis (2) (Voy. t. I, nos 167 et suiv.).

268. Il résulte de tout ce qui précède que le législateur a, d'une manière générale, subordonné l'efficacité des dernières volontés d'une personne à leur expression dans un acte écrit. La loi va plus loin encore, et serrant de plus près le problème à résoudre, elle décide, que cet acte écrit ne sera valable que s'il se produit sous l'une des trois formes limitativement prévues pour les cas ordinaires :

ART. 969. Un testament pourra être olographe, ou fait par acte public ou dans la forme mystique.

La loi exclut donc toute autre forme, notamment la forme verbale dont nous avons parlé, et de plus va soumettre à des formes spéciales chacune des trois espèces de testament qu'elle autorise.

Mais pourquoi le législateur exige-t-il la stricte observation de certaines formes pour l'existence des dispositions de der-

(1) Trib. Seine, 8 mars 1882, D. 84, 2, 33.
(2) Voy. LAURENT, t. XIII, n° 145 ; Caen, 22 mai 1850, D. 53, 2, 171.

nière volonté? Le bon sens et l'équité naturelle ne semblent-ils pas exiger que l'héritier exécute les volontés que le défunt lui a fait connaître, n'importe de quelle manière? Oui assurément, mais ceci appartient au domaine de la conscience ou de la morale. Au point de vue de la loi positive il faut un écrit rédigé dans les formes voulues, qui seul peut donner la certitude que le défunt a voulu tester, et tester d'une certaine manière. M. Laurent donne des exigences de la loi une raison bien inattendue : « Le testament, dit-il, déroge à la succession légitime; il enlève à l'héritier du sang les biens que Dieu lui avait destinés en le faisant naître dans telle famille plutôt que dans telle autre; car c'est Dieu qui fait les héritiers. Pour que l'on puisse admettre une dérogation à la loi de Dieu, il faut qu'elle soit bien certaine et à l'abri de toute influence illégitime... Conçoit-on qu'une volonté douteuse l'emporte sur la volonté de la loi qui est celle de Dieu (1)?

Ce mysticisme intempestif n'explique rien. Théoriquement le testateur devrait pouvoir manifester sa volonté dans la forme qu'il lui plairait de choisir. Mais cette prétendue liberté serait bien souvent, en fait, destructive de la faculté de tester. En cas de contestation sur le point de savoir si le défunt a voulu tester et de quelle manière il a voulu disposer de sa fortune, il faudrait recourir à la décision des juges du fait. Or l'observation de certaines formes supprime d'abord, sauf les cas d'insanité, de captation et de violence, toute difficulté sur la première question. Sans cela les juges du fait pourraient décider arbitrairement que le *de cujus* a voulu ou n'a pas voulu tester.

Reste la question de savoir comment le disposant a testé. Sur ce point la rédaction d'un écrit donne déjà à la pensée de celui de qui il émane une précision et une fixité qui la fait sortir du vague des déclarations verbales plus ou moins bien

(1) T. XIII, n° 109.

rapportées par des témoins, et cependant la Cour suprême a une grande peine à empêcher les juges du fait de céder, sous prétexte d'interprétation, à l'entraînement qui les porte à substituer leur volonté à celle du testateur, en altérant, modifiant ou neutralisant les clauses d'un testament (1). Si l'on supprimait la nécessité d'un écrit empruntant son autorité à l'observation de certaines formes, la Cour de cassation n'aurait plus aucun point d'appui pour refréner l'arbitraire des tribunaux.

Les formes prescrites, loin d'être un obstacle à la liberté de tester, sont donc une garantie sérieuse de cette liberté, et il est impossible d'en méconnaître l'efficacité.

§ 2. — Du testament olographe.

269. — Formes du testament olographe, art. 970; de l'écriture par le testateur.
270. — De ceux qui ne savent ou ne peuvent écrire.
271. — De la date du testament olographe; la nécessité d'une date correspond-elle à une utilité réelle ?
272. — De la date fausse, inexacte ou incomplète ; décisions de la jurisprudence à cet égard.
273. — Importance du filigrane quand le testament a été écrit sur papier timbré.
274. — Suite ; du timbre de la poste.
275. — La loi n'exige aucune indication relative au lieu ou à l'heure. Des testaments incompatibles entre eux, datés du même jour.
276. — Place de la date.
277. — De la date des additions, surcharges, etc.
278. — Signature du testament olographe.
279. — Force probante du testament olographe. C'est à celui qui s'en prévaut à faire vérifier l'écriture en cas de contestation.
280. — D'après la jurisprudence, l'envoi en possession du légataire

(1) Voy. Cass. 15 mai 1889, D. 89, 1, 378; Cass. 3 janv. 1888, D. 88, 1, 52, etc.

universel a pour résultat de mettre la preuve à la charge de l'héritier légal; critique de cette jurisprudence.
281. — Le testament olographe fait foi de sa date.
282. — Distinctions à faire à cet égard.

269. De toutes les formes testamentaires, la plus personnelle, la plus intime, celle qui reflète le mieux la pensée humaine dégagée de toute influence extérieure, est certainement la forme *olographe :*

ART. 970. Le testament olographe ne sera point valable, s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur : il n'est assujetti à aucune autre forme.

Le testament sera le plus souvent contenu dans un acte spécial; il pourra également être fait dans un acte quelconque, valable en lui-même, écrit en entier, daté et signé par le testateur, une lettre missive, par exemple, un bail, etc., ou le verso d'une police d'assurance sur la vie (1).

Pour qu'un écrit rédigé suivant ces prescriptions vaille comme testament olographe, il faut qu'il en résulte clairement que son auteur a entendu disposer, pour le temps où il ne sera plus, de tout ou de partie de ses biens (2), quand même il se serait servi de l'expression *donner* (3). Si le disposant paraissait avoir voulu seulement conférer un mandat dont l'exécution serait différée jusqu'à son décès, l'acte contenant de telles instructions, quoique écrit en entier, daté et signé par son auteur, ne saurait valoir comme testament. Il en serait ainsi d'une lettre par laquelle le défunt aurait chargé un tiers de distribuer secrètement après son décès à certaines personnes, des valeurs confiées par lui à ce tiers (4).

Il est facile de comprendre, quand il s'agira d'une libéralité résultant d'une écriture privée, qu'il puisse y avoir doute sur le point de savoir si la libéralité dont il s'agit constitue

(1) Cass. 6 mai 1891, D. 93, 1, 177.
(2) Cass. 23 juin 1879, D. 80, 1, 408.
(3) Rennes, 22 juin 1881, D. 81, 2, 238.
(4) Cass. 10 fév. 1879, D. 79, 1, 298.

un don entre-vifs, ou une libéralité testamentaire. Il faudra alors par application de l'art. 1157, interpréter la disposition dans un sens qui lui donne quelque effet, plutôt que dans celui qui l'annule (1), et il appartient à la Cour de cassation de qualifier *testament* une disposition que les juges du fond, dénaturant son caractère juridique, avaient dit être une donation (2). On peut à ce sujet critiquer une décision dont nous avons déjà parlé (Voy. ci-dessus, n° 7), aux termes de laquelle un billet souscrit à titre gratuit, payable au décès du disposant, n'a pas été reconnu comme donation, attendu qu'il ne paraissait en résulter aucun engagement personnel du disposant, ni comme testament parce qu'il n'avait pas été écrit en entier, daté et signé par ce dernier (3).

Aucune loi n'exige que le testament olographe soit écrit en français. Il peut être écrit indifféremment sur papier timbré ou non timbré, et même sur toute autre substance, sur une tablette d'ardoise ou de bois, sur un linge et même sur un mur. Les caractères peuvent avoir été tracés au crayon ou partie à l'encre et partie au crayon (4).

L'essentiel, c'est que le testament tout entier soit de la main du testateur lui-même. Un seul mot écrit dans un testament par un tiers du consentement et de l'aveu du testateur, suffirait pour faire tomber l'acte, car il trahirait une intervention étrangère enlevant à la disposition le caractère personnel qui fait sa force (5). Il en serait autrement des mots, surcharges et additions opérés par un tiers du consentement du testateur, si les juges du fait constataient que ces additions n'ont été préparées qu'en vue d'un projet de

(1) Rennes, 22 juin 1881, D. 81, 2, 238.
(2) Cass. 6 mai 1891, D. 93, 1, 177.
(3) Cass. 25 nov. 1890, 1, 421.
(4) Besançon, 6 juin 1882, D. 83, 2, 60; Bruxelles, 1er avril 1878, *Pas.*, 79, 2, 222.
(5) Limoges, 24 janv. 1883, S. 83, 2, 62.

nouveau testament auquel le testateur n'a donné aucune suite (1). Mais le testament devenu parfait par l'accomplissement des formalités légales ne saurait être vicié postérieurement par le fait d'un tiers qui y ajouterait quelques mots à l'insu du disposant (2). La question de savoir si l'écriture étrangère a été ajoutée au su du testateur ou à son insu est décidée en fait par les tribunaux (3).

Il importe d'observer à cet égard que les ratures, surcharges, interlignes, renvois, etc., n'ont pas besoin d'être cotés ou approuvés; les dispositions de la loi du 25 ventôse an XI (art. 15 et 16) relatives aux ratures, interlignes, etc., ne sont pas en effet applicables au testament olographe, acte solennel mais non authentique (4).

270. L'observation des règles ci-dessus suppose que le testateur sait écrire; il ne lui suffirait pas de savoir signer. Un aveugle, s'il sait écrire, pourrait donc faire son testament olographe, même avec l'aide d'un tiers, pourvu qu'il s'agisse d'une aide purement matérielle (5); il pourrait aussi, pour écrire son testament, se servir de l'écriture en points saillants inventée pour les aveugles.

Au contraire le testament d'un individu sachant écrire et non privé de la vue, devrait être annulé, s'il était établi que le testateur, bien qu'il ait participé matériellement à la formation de l'écriture, n'en a pas été l'auteur unique, et n'a été qu'un instrument passif se laissant diriger la main par un tiers (6).

(1) Cass. 16 juill. 1878, D. 79, 1, 129; Poitiers, 1er fév. 1881, D. 81, 2, 141.

(2) Cass. 14 avr. 1874, D. 75, 5, 423.

(3) Orléans, 15 mai 1889, D. 90, 2, 242.

(4) Douai, 12 fév. 1884; Nancy, 24 mai 1884, S. 84, 2, 187; Laurent, t. XIII, n° 181; Comp. Demolombe, t. XXI, n° 131; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 552.

(5) Cass. 28 juin 1847, D. 47, 1, 342.

(6) Cass. 31 juill. 1889, D. 90, 1, 400.

Il n'est pas nécessaire pour la validité d'un testament olographe qu'il soit rédigé en un seul contexte (1), c'est-à-dire *sans divertir à autres actes*. Le testateur peut aussi écrire ses dispositions sur des feuilles volantes détachées, et il lui suffira de mettre la date et la signature sur la dernière feuille.

271. La loi exige encore que le testament olographe soit *daté* de la main du testateur, c'est-à-dire qu'il contienne des indications suffisantes quant au jour, au mois et à l'année de sa confection.

D'après la plupart de nos anciennes coutumes la date n'était pas nécessaire pour la validité du testament olographe. L'ordonnance de 1735 (art. 20 et 38) l'exigea à peine de nullité, et le Code civil a reproduit cette disposition.

On dit généralement pour justifier cette exigence de la loi, que la date est utile pour vérifier si, à l'époque où le testament a été fait, le testateur était capable de disposer. On ajoute, ce qui est secondaire, que lorsque le défunt a laissé plusieurs testaments n'étant pas susceptibles d'exécution simultanée, la date permet de reconnaître quel est celui qui doit, comme étant le plus récent, prévaloir sur les autres (art. 2036).

Tout cela serait plausible si l'indication de la date était nécessairement exacte. Mais souvent elle sera fausse. La véritable date aura été dissimulée précisément pour rendre plus difficile la preuve de l'incapacité du testateur au moment même où il a fait son testament. Ainsi il est allégué qu'à l'époque où le testament a été réellement fait le testateur n'était pas sain d'esprit, ou que sa liberté de vouloir a été neutralisée par le dol, la captation ou la violence, et qu'une fausse date a été attribuée au testament pour dérouter ceux qui auraient intérêt à le faire annuler.

Remarquons que dans une pareille hypothèse les deman-

(1) Cass. 14 avr. 1890, D. 91, 1, 215.

deurs en nullité prétendent être en mesure d'établir : 1° que le testament a été fait à une époque autre que celle résultant de sa date; 2° qu'à cette époque le testateur n'était pas en état de tester librement.

La question relative à la date se confond donc avec la question relative à la validité du consentement du testateur. Or, nous le demandons, en quoi l'obligation de dater le testament a-t-elle rendu la fraude plus difficile, et la réussite de l'action en nullité plus facile?

Donc, en cas de fraude l'obligation de dater un testament ne sert absolument de rien. Les auteurs affirment qu'il y a là une *garantie* (1); mais aucun n'a pu dire encore en quoi elle consistait.

Ecartons maintenant toute hypothèse de fraude; il s'agit d'un testateur qui n'a jamais cessé d'être capable, et qui n'a fait qu'un seul testament. Quelle peut être, dans ce cas, l'utilité de la date? à quoi correspond-elle? Il est impossible de la découvrir. Elle apparaît alors comme *une forme* purement arbitraire, n'ayant d'autre but que de créer, pour le testament olographe, une occasion de nullité.

272. C'est qu'en effet il ne s'agit pas d'une date quelconque que le testateur serait libre de reporter au jour qui lui convient, ainsi que l'a jugé un tribunal (2) ; il s'agit de la date même du jour où elle a été apposée, et à laquelle il doit être présumé que le testament a été écrit. La Cour de cassation déclare hautement que lorsque le législateur exige une date, il n'entend pas se contenter d'une date quelconque, et qu'il veut une date exacte (3) et que la fausseté de la date équivaut à l'absence de date, si celle-ci ne peut être rectifiée au moyen d'éléments fournis par le testament lui-même (4).

(1) Demolombe, t. XXI, n° 74 ; Laurent, t. XIII, n° 188 ; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 548.

(2) Trib. Bruxelles, 3 juin 1879, *B. J.* 81, 1502.

(3) Cass. 8 janv. 1890, D. 90, 1, 395 ; 20 juill. 1886, D. 87, 1, 83, etc.

(4) Cass. 9 juill. 1885, S. 88, 1, 479.

Mais encore une fois, de quoi sert une date exacte quand le testament n'est pas attaqué pour vice de la volonté?

Aussi la jurisprudence a-t-elle admis sur ce point certaines distinctions plus ou moins arbitraires, mais dont le principe a pour but de restreindre autant que possible l'application d'une règle rigoureuse sans raison d'être plausible.

D'abord elle distingue entre l'inexactitude involontairement commise par le testateur, et l'inexactitude volontaire, commise par exemple avec l'intention d'introduire une cause de nullité dans un testament imposé par une influence à laquelle on n'a pas su résister.

On admet que l'inexactitude involontaire peut être en quelque sorte réparée au moyen d'indications précises et certaines fournies par le testament lui-même et non puisées en dehors; une des parties du testament sert ainsi à corriger l'autre (1). La même observation s'applique à la date incomplète.

Engagée dans cette voie, la jurisprudence s'est trouvée entraînée à des discussions misérables et ridicules pour arriver à faire respecter les dernières dispositions d'un testateur, dont la capacité n'était pas mise en doute, mais qui avait oublié un mot ou une lettre dans la transcription de la formule relative à la date.

Une fois, il s'agit d'un testament daté du 15 juin *mil cent seize*, écrit par une testatrice décédée en 1816. Il faut voir par quelle série de raisonnements les juges sont arrivés à affirmer qu'une personne morte dans le courant du XIXe siècle, ne pouvait pas avoir fait son testament au XIIIe, et que les *éléments matériels* faisant partie intégrante de l'acte, suppléaient nécessairement le mot *huit* (2)!

(1) Cass. 20 fév. 1889, S. 89, 1, 265.

(2) Caen, 2 août 1817 et Cass. 19 fév. 1818, D. v° *Disposit.*, n° 2683; Voy. LAURENT, t. XIII, n° 195.

Une autre fois on trouvera qu'un testament daté de *mil sept cent quatre vingt-treize* est, d'après les énonciations qu'il contient, *nécessairement* daté de mil huit cent treize (1), ou qu'un testament daté du *30 février* peut être considéré comme daté du *30 janvier* (2).

273. La nécessité de trancher des questions de ce genre a donné au filigrane, quand le testament a été écrit sur papier timbré, une importance particulière, et la quasi-certitude des renseignements résultant du filigrane a été affirmée par la jurisprudence (3).

D'abord le filigrane introduit dans le papier qui reçoit l'expression de la volonté du testateur, ne peut être considéré comme s'identifiant avec cette expression, au point de *faire corps avec elle*, comme l'a dit par erreur la Cour de cassation (4). Mais il est impossible de méconnaître que le fait par le testateur d'avoir écrit son testament sur une feuille de papier déterminée a établi entre cette feuille de papier et le testament une certaine relation, de telle sorte qu'on est autorisé, en vertu du testament lui-même, à tenir compte de l'état de cette feuille de papier et des conditions particulières de sa fabrication, au moins pour rectifier une date erronée.

On peut faire un raisonnement analogue pour la date à laquelle le testateur est décédé. Sans doute la date du décès n'est pas un fait intrinsèque résultant du testament lui-même, mais c'est un fait dont on doit tenir compte en vertu du testament. Quand une personne écrit ses dernières volontés, qu'elle dise ou qu'elle ne dise pas : *ceci est mon testament*, elle ne déclare pas moins implicitement et nécessairement

(1) 12 juin 1821, D. v° *Disposit.*, n° 2684.
(2) Aix, 9 janv. 1884, D. 85, 2, 115.
(3) 11 mars 1864, D. 64, 1, 294.
(4) Cass. 1er mars 1832, D. v° *Disposit.*, n° 2689-1°; Conf. DEMOLOMBE, t. XX, n° 96 ; *Contrà*, LAURENT, t. XIII, n° 197.

que ces dispositions n'auront d'effet que par sa mort et à partir de la date de sa mort. Or quand il y a litige sur un testament, le fait de la mort du testateur à une certaine époque étant, en vertu du testament, la condition même du débat, appartient aux deux parties, qui peuvent en tirer tels arguments que de droit. Par conséquent, l'indication du millésime contenu dans le filigrane de la feuille de papier timbré sur laquelle le testament a été écrit, peut, par sa combinaison avec la date du décès du testateur, servir à rectifier la date erronée d'un testament (1).

Si au lieu d'être erronée la date était incomplète, si par exemple le testateur avait mentionné seulement le jour et le mois en oubliant le millésime, on ne pourrait suppléer à cette indication par le millésime tracé dans le filigrane, en l'absence de tout élément de preuve tiré des termes mêmes du testament (2). Le filigrane est en effet un procédé mis en œuvre par un tiers, et ne peut pas avoir plus d'efficacité que si le millésime avait été ajouté par une main étrangère, et sur l'ordre du testateur, à côté des indications concernant le jour et le mois.

274. La jurisprudence s'est montrée moins rigoureuse quand il s'agit de la date d'un testament authentique. Elle a décidé que la date incomplète par l'omission du millésime pouvait être rétablie par le millésime du filigrane (3). Cette différence dans les solutions reçues tient probablement à ce que, dans le testament olographe, la loi exigeant que la date soit écrite de la main même du testateur, il fallait refuser toute autorité au millésime du papier timbré, lorsqu'il était invoqué comme étant la seule et unique preuve de la date vraie du testament; différemment la date résulterait, pour

(1) Caen, 11 nov. 1830 et Cass. 1er mars 1832 précités.
(2) Cass. 29 mai 1889, D. 89, 1, 273 et la note.
(3) Cass. 18 janv. 1858, D. 58, 1, 24.

partie, d'un procédé mis en œuvre par un tiers. Or si l'on admettait que la date peut résulter, pour partie, d'un procédé mis en œuvre par un tiers, et accepté par le testateur, on ne voit pas pourquoi elle ne pourrait pas résulter pour le tout d'un semblable procédé.

Ainsi nous avons vu qu'un testament peut être écrit dans une lettre missive. Supposons que la lettre n'ait pas été placée dans une enveloppe séparée, mais ait été pliée de manière que le timbre de la poste porte directement sur la feuille même contenant le testament. Il est certain que l'apposition de ce timbre, fait postérieur et étranger au testament, ne saurait, pas plus que le filigrane, fait antérieur, servir à dater le testament pour partie, car autrement il pourrait servir aussi bien à le dater pour le tout, et l'art. 970 serait comme n'existant pas.

Il arrive parfois que des feuilles de papier timbré sont mises en circulation à une date antérieure à celle dont le millésime est porté au filigrane. Le point de départ de cette mise en circulation sera connu par les déclarations de l'administration de l'enregistrement. Mais les juges ne peuvent faire état de cette déclaration pour annuler un testament portant une date antérieure, que si elle a été produite aux débats (1), quand même elle aurait été provoquée, après les débats, par une demande du ministère public (2).

275. Il n'est pas nécessaire que le testament contienne l'indication du lieu où il a été fait. L'inexactitude d'une telle indication ne serait donc pas une cause de nullité, sauf à déduire de cette indication erronée ou fausse, le secours qu'elle pourrait fournir si le testament était attaqué pour une autre cause (3).

(1) Cass. 8 janv. 1890, D. 90, 1, 395.
(2) Cass. 25 mai 1886, D. 87, 1, 488.
(3) Demolombe, t. XXI, n° 79.

L'indication de l'heure où le testament a été fait dans la journée dont il porte la date, n'est pas non plus exigée. Il y a cependant des circonstances où il y aura intérêt à rechercher ce moment précis, par exemple si le testament a été, d'après sa date, fait le jour où le testateur a atteint sa majorité. Les juges pourront admettre que le testament a été fait après le moment où, le jour même, l'état de minorité a cessé, surtout si le testateur a déclaré expressément qu'il était majeur (1). A partir de ce moment, en effet, toute personne a la pleine capacité de faire un testament en le datant par l'indication du jour, du mois et de l'année, sans être tenue d'y ajouter l'heure.

Si deux testaments non susceptibles d'une exécution simultanée étaient datés du même jour, l'indication de l'heure où chacun d'eux a été fait servirait à décider quel est celui des deux qui doit prévaloir comme étant le dernier. A défaut d'une telle indication les juges seront obligés de rechercher d'après les règles ci-dessus l'ordre chronologique de leur confection. Si l'un a été fait sur un papier timbré et l'autre sur papier libre, il est raisonnable de supposer que le disposant voulant faire son testament s'est d'abord procuré une feuille de papier timbré pour l'écrire, et que ses intentions se trouvant modifiées quelques instants après, il s'est empressé de les consigner sur un papier quelconque sans prendre la peine de se procurer une nouvelle feuille de papier timbré (2).

276. L'exigence de la date soulève encore d'autres difficultés relatives à la place qu'elle doit occuper. On a fini par reconnaître qu'elle pouvait être mise indifféremment au commencement, au milieu ou à la fin d'un testament pourvu qu'elle se rapporte à toutes ses dispositions. Logiquement la date devrait être certifiée par la signature comme tout le reste de

(1) Nancy, 10 mars 1888, D. 88, 2, 212.
(2) Cass. 18 juill. 1887, S. 90, 1, 219.

l'acte, elle devrait donc précéder la signature : Il y a cependant une tendance manifeste dans la jurisprudence à considérer le testament comme valable : « lorsque la date se trouve après la signature, *sur la même ligne et même un peu au-dessous*, si la signature *paraît* se rapporter à la date (1). » Un arrêt porte en effet que la date peut être apposée après la signature à la condition qu'il existe entre cette date et le corps du testament *une liaison* qui n'en forme qu'un seul et même acte, par exemple : si la date suit immédiatement la signature sur la même ligne et sans être reportée *à un autre alinéa* (2). Quand même la date se trouverait reportée *à un autre alinéa*, nous serions fortement enclins, en ce qui nous concerne, à trouver *une liaison* entre cette date et le corps du testament... Mais n'est-il pas déplorable que les juges soient obligés à discuter de pareilles minuties pour maintenir intacte la volonté d'un testateur dont la capacité n'est pas mise en doute !

277. Il y a encore d'autres difficultés. Nous avons dit que les simples renvois mis en marge n'ont pas besoin d'être approuvés. Ils n'ont pas besoin non plus d'être datés quand ils ont simplement pour but de compléter ou d'expliquer le sens du testament (3). Mais au contraire les additions faites à un testament olographe sous forme de renvoi, postscriptum ou même d'interlignes doivent être datées à peine de nullité lorsqu'il est constaté qu'elles sont postérieures au corps du testament et qu'elles constituent non des clauses destinées à expliquer ou interpréter les autres parties du testament, mais des dispositions nouvelles et distinctes (4).

(1) Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 550; Cass. 22 nov. 1870, D. 72, 1, 272; Bordeaux, 13 janv. 1871, D. 71, 2, 199.

(2) Besançon, 19 déc. 1877, D. 79, 2, 64.

(3) Cass. belge, 13 avr. 1882, *Pas.*, 82, 1, 108.

(4) Cass. 16 août 1881, D. 82, 1, 247; Comp. Demolombe, t. XXI, n°s 132 à 136; Laurent, t. XIII, n°s 213 et 214.

Si le testateur a écrit en surcharge une autre date sans effacer la première, la date devient incertaine, et le testament est nul (1).

278. Le testament doit encore être signé par le testateur. La signature consiste dans l'apposition en toutes lettres du nom de famille du testateur. La signature n'a pas seulement pour but de certifier l'individualité de la personne à laquelle un acte est attribué, elle sert encore, à raison des caractères particuliers qui la distinguent ordinairement, à rendre plus difficile une imitation frauduleuse. On peut dire que dans le testament olographe le disposant exerce un pouvoir particulier que lui donne la loi de dresser lui-même l'acte de sa dernière volonté, que dans l'exercice de ce pouvoir il est à la fois partie et officier public (2); que par suite le testateur ne peut exercer ce pouvoir que sous son nom de famille et non sous un nom de fantaisie ou de dignité (3).

La jurisprudence se montre moins sévère, elle se contente de la signature dont se sert habituellement une personne, par exemple du nom d'une terre sous lequel elle est généralement connue (4), de son prénom suivi du nom de famille de son mari; des initiales de ses prénoms précédées d'une croix et suivies de l'indication de sa dignité d'évêque (5). Tout cela est fort contestable. La dernière solution surtout est difficile à justifier, et conduit à faire admettre comme valablement signé le testament auquel un particulier, non évêque, n'aurait apposé que deux ou trois initiales de ses prénoms et nom. Demolombe proteste : si le testament d'un évêque signé seu-

(1) Cass. belge, 13 avr. 1882, *Pas.*, 82,2, 106; LAURENT, t. XIII, n° 191.

(2) Voy. note sous Cass. 29 mai 1889, D. 89, 1, 274; Comp. Cass. 29 avr. 1854, D. v° *Disposit.*, n° 2711.

(3) TOULLIER, t. III, n° 373; LAURENT, t. XIII, n°s 222 et suiv.

(4) Paris, 7 avr. 1848, D. 48, 2, 90.

(5) Cass. 23 mars 1824; D. *Répert.*, v° *Disposit.*, n° 2724.

lement des initiales de son nom a pu être déclaré valable, c'est, dit-il, à cause de l'*indication de sa dignité* d'où résulte *un assemblage de lettres qui peut être vérifié et reconnu* (1). C'est une puérilité. Il suffirait donc qu'un testament portât l'initiale du nom du prétendu testateur, suivie de l'indication de sa profession, ce qui présenterait aussi un *assemblage de lettres* susceptible de vérification? Autant il faut se montrer large dans l'application de l'art. 970, quand il s'agit de la date, forme tout à fait inutile, et que certaines législations n'exigent pas, autant il faut être rigoureux quand il s'agit de la signature, qui seule imprime à un écrit l'autorité qui doit s'attacher aux dernières volontés.

Mais la loi ne peut faire que toute signature soit lisible. Pour les signatures illisibles il faudra voir d'autres signatures non contestées du même testateur, et comparer (2).

279. Quand le défunt a fait un testament régulier en la forme, cet acte seul fait foi. Le plus souvent le testateur laisse son testament dans un lieu où il puisse être facilement retrouvé. Quelquefois il dépose son testament entre les mains d'un tiers, s'en remettant à ce dernier du soin de le présenter ou de le détruire dans un cas prévu. Mais un tel mandat n'a de valeur que lorsqu'il a été donné par acte écrit de la main du testateur, daté et signé par lui, comme le testament auquel il se réfère, et dont il devient le complément (3).

Le testament régulièrement fait conserve toute sa force, quelle que soit l'époque de sa confection. Il ne peut être invalidé par la circonstance que le testateur en avait complétement oublié l'existence, ou qu'une main étrangère l'avait frauduleusement détourné (4).

(1) T. XXI, n° 109; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 551.
(2) AUBRY et RAU, § 666; DEMOLOMBE, t. XXI, n° 111.
(3) Voy. LAURENT, t. XIII, n° 111.
(4) Gand, 30 juill. 1884, *Pas.*, 85, 2, 8.

Le testament olographe est un acte sous seing privé, et demeure tel, quoiqu'il ait été déposé chez un notaire et que le procès-verbal de dépôt contienne la déclaration qu'il a été écrit par le déposant. Par conséquent il ne peut faire foi par lui-même tant que la signature et l'écriture n'ont pas été reconnues ou vérifiées.

Il ne saurait y avoir de difficulté, en cas de conflit entre un héritier ou un légataire sur le point de savoir sur quoi doit porter la preuve que chacun doit fournir. L'héritier agit en pétition d'hérédité, il n'a à prouver que sa qualité de plus proche successible. C'est au légataire qui oppose le testament, acte sous seing privé, à faire vérifier l'écriture si elle est contestée. Tout le monde est à peu près d'accord sur ce point de doctrine.

280. Mais suivant une jurisprudence constante, dans le cas des art. 1006, 1007 et 1008, l'ordonnance d'envoi en possession rendue par le président du tribunal au profit du légataire universel, lorsqu'il n'existe point d'héritiers à réserve, aurait pour résultat d'intervertir les situations et de rendre le légataire défendeur, de sorte que ce serait à l'héritier non réservataire à prouver que le testament n'est pas l'œuvre du défunt (1).

C'est là une des erreurs les plus manifestes que l'on puisse constater. L'ordonnance d'envoi en possession ne change pas et ne peut pas changer la situation réelle des parties. Le légataire universel demeure ce qu'il était, c'est-à-dire défendeur, mais défendeur à l'action en pétition d'hérédité; s'il oppose à cette action le testament olographe qui l'a institué, c'est à lui d'établir le bien fondé de sa prétention, c'est-à-dire la sincérité du testament, conformément à la règle : *reus excipiendo fit actor*. Qu'importe que, dans le cas particulier,

(1) Caen, 2 janv. 1893, D. 93, 2, 380; Poitiers, 24 fév. 1892, D. 93, 2, 350; Cass. 10 janv. 1877, S. 77, 1, 303, notes et renvois.

le légataire universel ait la saisine? Est-ce qu'il existe un rapport entre la saisine et la force probante d'un testament olographe? Est-ce que le testament change de nature selon que le légataire universel est saisi ou ne l'est pas? Est-ce que l'examen préalable fait par le président, examen qui porte seulement sur l'état matériel du testament et auquel d'ailleurs l'héritier n'est pas appelé, peut créer en faveur de l'écriture une présomption quelconque? L'examen dont il s'agit est si peu sérieux que l'ordonnance d'envoi en possession a été souvent rendue dans des cas *où les circonstances du fait paraissaient rendre d'avance le testament suspect!* Mais alors, dit la Cour de cassation, l'obligation de poursuivre la vérification d'écriture pourra être imposée au légataire universel, *même après l'ordonnance d'envoi en possession* (1)! Comment la Cour suprême ne voit-elle pas que cette concession forcée est la condamnation la plus énergique d'un système que la grande majorité des auteurs a toujours repoussé (2)?

Ce système d'ailleurs n'empêche pas les demandeurs qui ont méconnu l'écriture du testament, d'obtenir que les biens de la succession soient placés sous séquestre, « cette mesure, dit la Cour de cassation, n'étant pas incompatible avec la saisine, et ne détruisant pas les présomptions légales qui y sont attachées (3). » Le juge des référés saisi d'une demande de mise sous séquestre, doit se borner à vérifier si les demandeurs agissant en qualité d'héritiers légaux, lui apparaissent comme ayant cette qualité, et s'il y a urgence. Si les deman-

(1) Cass. 24 mai 1860, S. 61, 1, 79; Cass. 6 mai 1856, S. 56, 1, 481; Cass. 11 nov. 1829, S. 29, 1, 410.

(2) Aubry et Rau, § 669 texte et note 7; Demante, t. IV, n° 151 *bis* III; Marcadé, sur l'art. 1008; Demolombe, t. XXI, n°s 146 et suiv.; Laurent, t. XIII, n°s 233 et suiv.; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 553.

(3) Cass. 9 nov. 1847, S. 48, 1, 228; Agen, 11 déc. 1850, S. 51, 2, 770.

deurs prétendent avoir des droits sur toute l'hérédité, c'est sur toute l'hérédité que doit porter le séquestre (1).

281. Les principes ci-dessus ne concernent que l'écriture du testament et ne sauraient s'appliquer à la date qu'il porte.

Par conséquent, s'il y a plusieurs testaments de la même personne, la date indiquée sur chaque testament servira à régler la question d'antériorité; si le testateur décède en état de démence ou d'interdiction laissant un testament daté d'une époque où il était sain d'esprit, il faudra s'en tenir à cette date pour apprécier la capacité du testateur, enfin un testament olographe révoquerait un testament par acte public de date antérieure, avec lequel il serait incompatible.

L'écriture d'un testament olographe est en effet, comme la signature, une nécessité; impossible de comprendre un tel testament sans une écriture et une signature émanant du testateur. Mais cette écriture conserve toujours son caractère privé. La date, au contraire, n'est pas nécessaire pour concevoir l'existence d'un testament. En réalité elle ne sert de rien, si ce n'est à créer des difficultés; si le législateur a exigé la date, c'est donc uniquement comme *forme*. Or l'art. 970 déclare que le testament olographe n'est assujetti à aucune autre forme. Il faut conclure de là que le législateur a entendu que le testament olographe fit présumer par lui-même la réalité de sa date. Ce serait une contradiction choquante que de prescrire la date sous peine de nullité, et de subordonner ensuite la certitude de la date à l'accomplissement de l'une des formalités prescrites par l'art. 1328 (2). Le testament olographe fait donc pleine foi de sa date, jusqu'à preuve contraire, à l'égard des tiers et de l'héritier *ab intestat* lorsque ces derniers en ont reconnu l'écriture et la signature, ou lorsque l'écriture et la signature

(1) Bruxelles, 2 mai 1890, *Pas.*, 91, 2, 45.
(2) Cass. belge, 15 avr. 1825, *Pas.*, 25, 1, 377.

sont légalement tenues pour reconnues, et l'art. 1328 n'est pas applicable. L'opinion contraire de M. Laurent est à peu près isolée. Le grand argument de cet auteur consiste à affirmer que tout ce qui est vrai de l'écriture doit l'être également de la date (1). Mais comme l'écriture et la date n'ont pas la même raison d'être, que l'une repose sur une nécessité et l'autre sur une prescription arbitraire de la loi, on ne peut légitimement conclure de l'une à l'autre. Il est possible que le système de la loi aboutisse à donner un caractère hybride au testament olographe, mais alors la critique s'adresse à la loi et non à son interprétation.

Quoi qu'il en soit, l'art. 999 classe cet acte hybride parmi les actes sous seing privé. C'est donc un acte sous seing privé qui néanmoins fait foi de sa date; il ne peut donc faire foi de sa date que comme acte sous seing privé, c'est-à-dire jusqu'à preuve contraire. C'est là l'opinion générale (2). Certains auteurs enseignent cependant que la date régulière et certaine ne peut être combattue que par l'inscription de faux, du moins lorsque considérée comme forme, et en dehors de toute allégation de dol, de captation ou d'incapacité, on soutient qu'elle est fausse (3). Mais il n'y a pas faux dès l'instant qu'il est établi et non contesté que le testament a été écrit en entier, daté et signé par le testateur (4).

282. Il faut en effet distinguer deux hypothèses :

1° Supposons que le débat porte sur *la liberté* du testateur que l'on prétend avoir été neutralisée par violence, dol ou captation, et que l'on soutienne qu'il y a eu dissimulation de la date pour égarer les recherches; supposons encore que

(1) T. XIII, nos 240 et suiv.

(2) Duranton, t. IX, n° 47; Demante, t. IV, n° 115 *bis* IX; Demolombe, t. XXI, n° 162; Laurent, t. XIII, nos 245 et suiv.; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 555.

(3) Aubry et Rau, § 669, note 9.

(4) Cass. 4 janv. 1847, D. 47, 1, 357.

le débat porte sur *la capacité* du testateur, et qu'il soit allégué que la date a été dissimulée précisément pour masquer cette incapacité; dans ces diverses hypothèses : « l'antidate du testament n'est pas l'objet direct et principal du procès ; elle n'est alléguée que comme l'un des éléments de la fraude, et comme l'un des moyens qui en ont préparé et facilité le succès, dès lors la fausseté de la date du testament peut être établie à l'aide des mêmes preuves que la fausseté de toutes ses autres dispositions (1), » même dans la doctrine admettant qu'en règle générale, la fausseté de la date d'un testament olographe dont l'écriture est reconnue, ne puisse être établie que par l'inscription de faux (2).

2° Supposons au contraire que le débat porte uniquement sur la date considérée comme forme. La date est nettement exprimée, mais on soutient qu'elle est fausse, sans qu'il y ait d'ailleurs aucune allégation de fraude. Dans ce cas la fausseté de la date ne peut être prouvée qu'à l'aide des énonciations contenues dans le testament lui-même, quand même le demandeur en nullité se serait pourvu par l'inscription de faux (3). Mais l'inscription de faux n'est pas nécessaire. Si le testament prouve lui-même la fausseté d'une partie de sa date, on admet que le juge peut recourir à des faits extrinsèques pour établir la fausseté de la date entière (4).

§ 3. — Du testament public.

283. — Formes du testament public, art. 971; application de la loi du 25 ventôse an XI; règles générales.
284. — Règles spéciales, art. 972; de la dictée; elle peut ne pas être en français. L'emploi d'un interprète est-il licite?
285. — *Quid* dans les colonies?

(1) Cass. 22 fév. 1853, S. 53, 1, 328.
(2) Cass. 21 août 1876, D. 78, 5, 445.
(3) Orléans, 8 mars 1883, D. 84, 2, 227.
(4) Caen, 16 janv. 1877, D. 78, 2, 112.

286. — Des muets et de ceux qui ne peuvent parler.
287. — Présence des témoins durant la dictée.
288. — De l'écriture par le notaire ; elle doit correspondre à la dictée.
289. — L'écriture doit être en français et en caractères français.
290. — Lecture du testament.
291. — De la lecture donnée à un sourd.
292. — La lecture doit porter sur tout le testament.
293. — Mention de l'accomplissement des formalités prescrites.
294. — Signature du testament par le testateur, art. 973.
295. — Signature du testament par les témoins, art. 974.
296. — Qui peut être témoin d'un testament public, art. 975.
297. — Signature du testament par le notaire.
298. — Force probante du testament public.

283. L'usage du testament olographe n'est accessible qu'aux personnes sachant écrire et pouvant écrire. Il fallait donc créer un mode de tester plus général et pouvant être adopté par tous les citoyens; c'est le testament public :

ART. 971. Le testament par acte public est celui qui est reçu par deux notaires, en présence de deux témoins, ou par un notaire, en présence de quatre témoins.

La loi se montre plus exigeante pour les testaments que pour les actes notariés ordinaires qui, d'après la loi du 25 ventôse an XI, art. 9, sont reçus par deux notaires sans témoins, ou par un notaire assisté de deux témoins.

La loi du 25 ventôse an XI, organique du notariat, continue de régir les testaments publics, comme les actes notariés en général, pour toutes les formalités auxquelles le Code civil n'a dérogé ni explicitement ni implicitement. Ces règles sont contenues dans l'art. 6 et dans les art. 8 à 12 de cette loi.

L'art. 6 défend à un notaire d'instrumenter hors de son ressort. Le testament qu'il recevrait incompétemment serait donc nul, et il ne serait pas possible d'appliquer l'adage : *error communis facit jus*, sous prétexte que le testament a été reçu hors du ressort par suite de l'erreur accréditée que le notaire était considéré comme ayant le droit d'y instrumenter (1).

(1) *Contrà*, BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 971, n° 2.

D'après l'art. 8 de la même loi, les notaires ne pourront recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés, en ligne directe à tous les degrés, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, c'est-à-dire jusqu'au troisième degré, seraient parties. Il faut encore appliquer cette disposition aux testaments; il en résulte qu'un notaire peut recevoir le testament de son cousin germain. Mais deux notaires parents ou alliés au degré prohibé par l'art. 8 précité, ne pourraient concourir au même testament à peine de nullité du testament tout entier.

La loi défend aussi, sous la même sanction, aux notaires de recevoir des actes qui contiendraient des dispositions au profit de leurs parents ou alliés au degré précité, et par argument *à fortiori* au profit d'eux-mêmes (art. 10, 68). Enfin sont encore applicables aux testaments les dispositions de la loi de ventôse concernant la date de l'acte (art. 12), l'obligation d'écrire les actes en un seul contexte (art. 13), les renvois, apostilles, surcharges, interlignes et additions dans le corps de l'acte (art. 15 et 16) (1), et celles relatives à la signature du notaire ou des notaires (art. 14). Le Code a spécialement réglementé ce qui touche à la signature du testateur et des témoins.

Les notaires reçoivent les testaments sur la demande du testateur. Ils les reçoivent normalement dans leur étude, mais ils peuvent aussi les recevoir au lieu où se trouve le disposant, pourvu que ce soit dans l'étendue de leur ressort. Le notaire ou les notaires devront énoncer dans l'acte leurs noms et résidence et indiquer le lieu où l'acte est retenu. La mention de la commune suffit; celle du canton ou du département serait insuffisante.

L'acte doit constater la comparution du testateur; si ce dernier est inconnu du notaire, des témoins certificateurs

(1) Toulouse, 16 juin 1887, D. 88, 2, 61.

seront appelés conformément à l'art. 11 de la loi de ventôse.

Les témoins instrumentaires doivent être présents, sinon à la rédaction du préambule du testament, qui pourrait au besoin être écrit par un clerc, mais à la dictée du testament par le testateur, à l'écriture par le notaire du testament dicté et à la signature, en d'autres termes à tout le testament.

284. Tout étant préparé pour la réception du testament, et les témoins étant présents, il faut d'abord que le testateur fasse connaître sa volonté :

ART. 972. Si le testament est reçu par deux notaires, il leur est dicté par le testateur, et il doit être écrit par l'un de ces notaires, tel qu'il est dicté. — S'il n'y a qu'un notaire, il doit également être dicté par le testateur, et écrit par ce notaire. — Dans l'un et l'autre cas, il doit en être donné lecture au testateur, en présence des témoins. — Il est fait du tout mention expresse.

Il y a *dictée*, lorsque le testateur exprime sa volonté spontanément, avant et en dehors de toute interrogation et interpellation suggestive, et que le notaire se borne à reproduire, dans une forme appropriée à la nature de l'acte, les volontés du testateur.

Il faut donc que la déclaration verbale de volonte émanée du testateur soit accompagnée de l'action d'écrire par le notaire. Ces deux faits simultanés constituent *la dictée*, et c'est de la dictée que l'acte doit porter mention expresse. Le mot *dictée* n'est pas sacramentel, mais il est le plus naturel et le plus simple, d'autant qu'il n'a pas d'équivalent parfait; le mot *dire* serait par lui-même insuffisant (1).

La règle ci-dessus ne met pas obstacle à ce que le testateur dicte ses volontés en lisant un projet ou des notes préparés d'avance (2), ou à ce que le notaire lui adresse des questions destinées uniquement à provoquer des éclaircissements nécessaires sur ses intentions manifestées, et non à lui suggé-

(1) Voy. LAURENT, t. XIII, n° 339.
(2) Cass. 6 nov. 1890, S. 90, 1, 72.

rer des dispositions auxquelles il ne pensait pas (1). La dictée peut d'ailleurs être faite dans une langue autre que la langue française, pourvu que le notaire et les témoins comprennent l'idiome dont se sert le testateur (2).

Si le notaire ou quelques-uns des témoins ne comprenaient pas l'idiome employé par le testateur lequel ne comprendrait pas le français, le notaire et le testateur pourraient-ils entrer valablement en communication au moyen d'un interprète ?

La négative paraît certaine pour les testaments reçus dans la métropole. Sans doute, il n'y a pas de texte interdisant formellement aux notaires la faculté de recevoir à l'aide d'un interprète les dernières volontés des personnes dont ils ne connaissent pas le langage. Mais il y a l'art. 972 qui exige une dictée; or toute dictée est impossible dans les conditions envisagées (3).

285. La question est plus délicate pour certaines colonies. Un arrêt de la Cour de Saint-Louis (Sénégal) a validé un testament dicté par un indigène ne parlant que le wolof à un notaire qui n'entendait pas cette langue, l'office d'interprète ayant été rempli par l'un des témoins instrumentaires (4). Au dernier point de vue, la nullité était évidente; quand même l'intervention d'un interprète serait légalement autorisée, il est manifeste que l'interprète étant l'organe du testateur d'abord, du notaire ensuite, doit être une individualité distincte des témoins instrumentaires. On peut à la rigueur admettre l'intervention d'un interprète en matière de donations entre-vifs; cela a été jugé à l'occasion des sourds-muets (5). Mais en matière de testaments publics cette

(1) Cass. 7 janv. 1890, S. 90, 1, 120; Cass. 13 juin 1882, S. 82, 1, 472.

(2) Cass. 12 août 1868, S. 68, 1, 405.

(3) Demolombe, t. XXI, n° 251.

(4) 26 juill. 1876, D. *Répert.*, *Suppl.* v° *Disposit.*, n° 719.

(5) Bastia, 18 fév. 1891, D. 92, 2, 53.

intervention est-elle permise? La Cour de Saint-Louis allègue l'absolue nécessité, et cette considération que le législateur colonial lorsqu'il a promulgué le Code civil au Sénégal, ne peut avoir eu l'intention de mettre dans l'impossibilité de bénéficier des dispositions importantes de la loi française le plus grand nombre des habitants du pays. Cela est incontestable, mais la question est de savoir si le législateur a pris les mesures nécessaires pour assurer le bénéfice de la loi française aux indigènes. Or, la négative est certaine; des interprètes officiels ont été attachés d'une manière permanente aux diverses juridictions pour servir en toute matière d'intermédiaires entre les membres de l'ordre judiciaire et les justiciables, mais jamais une mesure semblable n'a été prise à l'égard du corps des notaires. C'est donc une lacune dans la législation coloniale, et il n'appartient pas aux juges de la combler sous prétexte de nécessité (1).

286. La dictée constituant une formalité substantielle du testament public (2), il en résulte qu'un muet ne pourrait pas tester en cette forme, quant même il serait en mesure d'exprimer très nettement sa pensée par le langage des signes ou par l'écriture (3). Mais un sourd-muet à qui, par l'éducation, on aurait rendu possible le jeu de son organe vocal, pourrait, croyons-nous, dicter valablement son testament, car s'il n'entend pas lui-même les sons qu'il émet, il les comprend (4). S'il est établi que le testateur sans être muet, était presque entièrement privé de l'usage de la parole, et n'a concouru au testament qu'en répondant par monosyllabes aux questions qui lui ont été adressées par le notaire, lors de la

(1) Voy. ARNTZ, *loc. cit.*, t. II, n° 1990.

(2) Voy. Caen, 17 nov. 1884, S. 85, 2, 171.

(3) AUBRY et RAU, § 663, DEMOLOMBE, t. XXI, n°s 168, 243; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 558.

(4) LAURENT, t. XII, n° 312; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XXI, n° 244.

lecture faite par celui-ci, il n'y aura pas eu dictée et le testament sera nul (1).

Celui qui est complétement sourd, au point de ne pas s'entendre lui-même, peut valablement dicter son testament. Mais pour lui, comme pour le sourd-muet, une nouvelle difficulté, examinée plus loin, s'élèvera quant au point de savoir comment leur sera donnée lecture du testament.

287. De ce que la dictée constitue une formalité substantielle, il suit qu'elle doit s'étendre à toutes les dispositions, à peine de nullité du testament pour le tout, quand même une partie aurait été dictée (2).

Enfin la dictée doit être faite, à peine de nullité, en présence des témoins, et il y aurait nullité si une partie de la dictée avait eu lieu pendant l'absence momentanée d'un témoin, quelque courte qu'ait été la durée de cette absence (3). Quand le testament est reçu par deux notaires, il faut aussi que l'un et l'autre soient présents à toute la dictée, car la loi dit que le testament doit : *leur être dicté*.

288. L'écriture du testament est l'opération qui correspond à la dictée. Le testament sera écrit par le notaire ou l'un des notaires quand il y en a deux, il peut être écrit en partie par l'un et en partie par l'autre, sauf à faire mention de cette circonstance.

De ce que le testament doit être écrit *tel qu'il est dicté*, il n'en résulte pas que le notaire soit tenu de reproduire mot à mot les paroles prononcées par le testateur; il suffit que la rédaction rende exactement le sens des dispositions du testateur (4). Le notaire ne peut rien y ajouter ni en rien supprimer; il peut bien éclairer le testateur sur le caractère et la portée que peuvent avoir ses dispositions, mais quelle que

(1) Nîmes, 25 mars 1878, D. 79, 2, 136.
(2) Aix, 16 fév. 1871, D. 72, 2, 52; Cass. 27 avr. 1857, D. 57, 1, 365.
(3) Cass. 17 juill. 1884, D. 86, 5, 414.
(4) Cass. 3 mars 1890, D. 90, 1, 354; Cass. 18 juill. 1887, D. 88, 1, 214.

soit son opinion personnelle à cet égard, il ne peut se dispenser de les transcrire toutes fidèlement (1).

Pour faciliter sa dictée, le testateur a souvent recours à des notes préparées d'avance, et même qu'il remet au notaire. Si ce dernier se borne à copier le projet qui lui a été ainsi remis, il n'y a pas dictée, et le testament est nul (2). Si, malgré une note, préalablement remise, il est établi que chacune de ses dispositions a été indiquée par le testateur lui-même, après explications entre lui et l'officier public, le testament est valable (3); il en est de même si le projet a été remis par le donateur après qu'il en a donné lecture lui-même et seulement pour aider le notaire dans sa rédaction (4).

Il importe peu d'ailleurs que la rédaction soit conçue en faisant parler le donateur à la première personne ou à la troisième sous forme de narration (5). Le notaire peut aussi écrire d'abord un brouillon sur papier libre et le reporter ensuite sur papier timbré, pourvu que le tout ait lieu en présence du testateur et des témoins (6).

289. De ce que le testament doit être écrit *tel qu'il est dicté*, s'ensuit-il que s'il a été dicté en langue étrangère, le notaire doit l'écrire dans la langue parlée par le testateur, et non en français, ce qui produirait seulement une traduction? L'affirmative est soutenue parce qu'il est impossible, dit-on, qu'un testament, c'est-à-dire l'expression des dernières volontés d'une personne, résulte d'une traduction. Comment le testateur qui ne comprend pas le français, pourrait-il contrôler l'exactitude de la traduction faite par le notaire,

(1) Pau, 17 mars 1890, D. 91, 2, 124.
(2) Caen, 17 nov. 1884, S. 85, 2, 171.
(3) Pau, 18 juill. 1887, D. 88, 2, 214.
(4) Cass. 6 nov. 1889, D. 90, 1, 464.
(5) Paris, 31 janv. 1874, D. 75, 2, 121.
(6) Cass. 19 mars 1861, D. 61, 1, 99.

et s'assurer que sa volonté a été bien comprise et bien exprimée (1)?

La conséquence forcée d'une telle opinion serait d'obliger souvent les notaires à écrire les testaments en patois, car il n'est pas rare de rencontrer dans les campagnes, des paysans qui ne parlent et ne comprennent que le patois local.

La difficulté examinée suppose que le notaire ou les notaires comprennent parfaitement l'idiome particulier dont se sert le testateur. Dans ces conditions, la traduction instantanée ne présente aucune difficulté sérieuse. Il est ridicule de soutenir qu'un acte public, en France, peut être rédigé en Wolof ou en patois. Depuis le XVIe siècle il est prescrit que les actes publics, en France, soient rédigés en français; l'ordonnance du mois d'août 1539 a été renouvelé sur ce point par les décrets du 2 thermidor et du 16 fructidor an II, ainsi que par l'arrêté des consuls du 24 prairial an XI. Cette nécessité d'écrire en français un testament dicté dans une autre langue n'implique aucune contradiction avec la règle que le testament doit être écrit *tel qu'il a été dicté* (2), du moment qu'il est admis, ainsi que nous l'avons ci-dessus fait observer, qu'il s'agit pour le notaire de rendre le sens exact de paroles prononcées par le testateur, ce qui est déjà dans beaucoup de cas une traduction, même lorsque le testateur croit parler français.

Le ministre de la justice réfuta fort bien cette objection formulée par les notaires de Bruxelles, en répondant que : « Lorsque la loi dit que le testateur dictera son testament, elle ne dit pas que ce sera en français; qu'on ne peut forcer quelqu'un de parler une langue qu'il ne sait pas; que le notaire est seulement tenu de rédiger le testament en langue

(1) Demolombe, t. XXI, n° 252 *bis;* Laurent, t. XIII, n° 318; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 559.

(2) Cass. 3 août 1891, D. 93, 1, 31.

française; que rien n'empêche d'ailleurs qu'il n'en fasse une traduction à mi-marge; l'arrêté même du 24 prairial an XI (art. 2) l'y autorise; mais cette traduction n'aura pas l'autorité de la rédaction française (1). »

On objecte que la règle imposant aux notaires l'obligation d'écrire leurs actes en français ne paraît pas sanctionnée par la peine de la nullité, que par conséquent il n'y aurait pas lieu d'annuler un testament public écrit en langue étrangère. L'argument ne prouverait rien car il prouverait trop. Il s'agit de savoir si l'acte public contenant un testament peut être rédigé, *quant à la partie correspondante à la dictée du testateur*, en langue étrangère. Si on admet l'affirmative par le motif que l'arrêté du 24 prairial an XI ne prononce pas la nullité (2), il faudrait admettre que les actes notariés en général, et non pas seulement la partie dictée d'un testament, peuvent depuis le premier mot du préambule jusqu'à la signature du notaire être valablement rédigés dans une langue étrangère, et même en caractères chinois, sanscrits ou arabes...

L'objection plus sérieuse est celle tirée de la difficulté pour le testateur de contrôler l'exactitude de la rédaction et de s'assurer que sa volonté a été bien exprimée. Mais la garantie du testateur, dans la situation envisagée, se trouve dans la confiance que doivent lui inspirer les témoins par lui choisis. Il faut en effet que ces témoins comprennent, non seulement la langue parlée par le testateur, mais encore le français, langue dans laquelle le testament a été rédigé (3). Mais ce dernier point est contesté.

(1) Conf. AUBRY et RAU, § 670; COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 117 *bis*, etc.; Cass. belge, 5 mai 1887, D. 88, 2, 120; Cass. précité, 3 août 1891.

(2) Cass. 22 janv. 1879, D. 79, 1, 219.

(3) Rennes, 8 janv. 1884, D. 85, 2, 96; MERLIN, *Questions*, v° *Testament*, § 17; DEMOLOMBE, t. XXI, n° 167. *Contrà*, AUBRY et RAU, § 670, Cass. belge, arrêt précité du 5 mai 1887; Comp. Bastia, 16 nov. 1889, S. 90, 2, 151.

290. Le testament étant rédigé doit être lu en entier et simultanément, à peine de nullité, au testateur et aux témoins.

La lecture est normalement faite par le notaire ou l'un des notaires. Mais comme aucun texte ne prononce la nullité au cas où la lecture à haute voix aurait été faite par une autre personne, il faut admettre qu'en effet les choses pourront se passer ainsi. Toutefois une certaine opinion n'admet pas que le testateur lui-même puisse valablement faire lecture à haute voix du testament qu'il a dicté (1). Il en résulterait l'impossibilité pour un sourd de tester par acte public (2).

Mais du moment qu'il est reconnu que la loi n'exige pas que la lecture à haute voix soit faite par le notaire lui-même, il est arbitraire de refuser au testateur le droit de faire valablement cette lecture, sous prétexte que, d'après les termes de l'art. 972 : *il doit être donné lecture au testateur*. Tout au plus pourrait-on admettre la nécessité d'une double lecture à haute voix, l'une par le notaire pour satisfaire à la lettre du texte, l'autre par le testateur pour satisfaire au vœu de la loi (3).

291. La surdité n'empêchera donc pas de tester par acte public le sourd qui sait lire l'écriture.

La lecture donnée à haute voix par le notaire à un testateur qui ne peut pas entendre à raison de son état actuel de surdité serait inopérante, et le testament serait nul. Mais le notaire n'ayant pas pour mission de constater que le testateur entend ou déclare entendre, il en résulte qu'une telle constatation, si elle était faite, ne participerait pas au caractère d'authenticité de l'acte, et par conséquent la preuve testimoniale

(1) Aubry et Rau, § 663.

(2) Paris, 16 janv. 1874, D. 75, 2, 39.

(3) Laurent, t. XIII, n° 321; Comp. Marcadé sur l'art. 972, n° 3; Demante, t. IV, n° 107 *bis* II; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 560; Paris, 21 fév. 1879, S. 79, 2, 150; Cass. 14 fév. 1872, D. 72, 1, 457; *Contrà*, Demolombe, t. XXI, n°s 268 à 273.

des faits établissant la surdité du testateur serait admissible (1).

292. La lecture doit porter sur le testament entier, sans excepter les additions et renvois régulièrement faits. L'omission de la lecture d'une seule de ces dispositions, même insignifiante en apparence, entraînerait la nullité de tout le testament (2). On a prétendu faire une exception pour les clauses non dispositives, simplement explicatives ou même surérogatoires et inutiles, mais les distinctions que suppose une telle exception sont purement arbitraires, dangereuses, et repoussées d'ailleurs par le texte de l'art. 972 qui veut que le notaire écrive tout ce que le testateur lui dicte et lise tout ce qu'il a écrit (3).

293. Il ne suffit pas que les formalités ci-dessus décrites aient été régulièrement observées; il faut de plus, à peine de nullité, que le testament fasse mention de leur accomplissement. L'utilité de cette mention consiste en ce que elle est de nature à engager la responsabilité pénale de l'officier public. Le notaire qui déclarerait mensongèrement avoir rempli l'une des formalités prescrites qu'il aurait omise, commettrait un faux en écriture publique, et serait passible des travaux forcés à perpétuité (art. 145, C. P.).

La loi exige, en définitive, mention expresse: que le testament a été dicté par le testateur, qu'il a été écrit par le notaire ou par les notaires, et qu'il en a été donné lecture au testateur en présence des témoins. Ces mentions font foi jusqu'à inscription de faux de l'accomplissement des formalités dont il s'agit (4). C'est le notaire qui est chargé de les faire

(1) Trib. Nivelles, 16 mai 1883, *Pas.*, 85, 3, 222; Comp. Bruxelles, 27 juin 1857, *Pas.*, 57, 2, 421.

(2) Toulouse, 22 juin 1864, D. 64, 2, 167; DEMOLOMBE, t. XXI, n° 274; LAURENT, t. XIII, n° 322; Comp. AUBRY et RAU, § 670-2°, *c*, note 53.

(3) LAURENT, *loc. cit.*, n° 325.

(4) Cass. 18 fév. 1889, S. 89, 1, 161.

lui-même, et il suffit que l'acte prouve que la mention émane de lui.

Il ne peut y avoir de difficultés pour la constatation du fait de la dictée.

En ce qui concerne la constatation de la lecture du testament au testateur par le notaire en présence des témoins, la jurisprudence admet que, l'art. 972 ne prescrivant à cet égard aucune formule sacramentelle, le vœu de la loi est rempli lorsque l'observation de la formalité prescrite ressort manifestement de l'acte et de l'ensemble de sa rédaction; ainsi, il y a preuve de la lecture au testateur en présence des témoins, lorsque dans le préambule de l'acte le notaire énonce la présence des témoins, l'indique de nouveau au moment de la dictée, et termine par cette formule : « qu'après nouvelle lecture entière des présentes, le testateur a signé avec les témoins et le notaire (1). »

La place que la mention doit occuper dans le testament est indifférente. Néanmoins lorsque la mention relative à l'écriture par le notaire est insérée dans le corps de l'acte, et conçue en termes exclusivement applicables aux dispositions qui la précèdent, cette formalité ne peut être réputée accomplie, en ce qui concerne le surplus du testament alors que l'insuffisance de cette mention n'est suppléée par aucune autre énonciation du même acte (2).

Un auteur fait justement remarquer que c'est le plus souvent pour défaut de mention ou pour mention insuffisante que les testaments par acte public sont annulés (3). Les recueils de jurisprudence, en nous faisant connaître les nombreux arrêts d'espèce intervenus en pareille matière, nous donnent la preuve que le législateur a dépassé la juste mesure

(1) Cass. 10 janv. 1888, D. 88, 1, 56.
(2) Cass. 22 juin 1881, D. 82, 1, 180.
(3) Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 561.

de la rigueur à l'endroit des formalités requises, et n'a pas eu assez le souci d'assurer le respect de la volonté de l'individu.

294. Le testament authentique ne devient parfait que par la signature.

ART. 973. Ce testament doit être signé par le testateur : s'il déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait dans l'acte mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.

La *déclaration* du testateur qu'il *ne sait* ou *ne peut* signer pour telle cause qu'il indique, remplace véritablement sa signature et implique une adhésion raisonnée à la lecture qu'il vient d'entendre : c'est comme s'il disait : je signerais certainement si je savais ou si je pouvais signer. C'est cette déclaration que le notaire doit mentionner. Elle doit émaner du testateur lui-même et non d'un tiers (1). La déclaration de ne savoir *écrire* peut être considérée comme équivalente à celle de ne savoir signer (2). La déclaration de ne pouvoir signer doit être complétée par l'indication de la cause qui empêche le testateur de signer. Cette indication peut résulter de la mention de l'empêchement existant combiné avec les autres clauses de l'acte (3). Lorsqu'à la suite de la lecture intégrale du testament comprenant aussi bien les renvois que le corps même de l'acte, le testateur requis de signer a déclaré ne pouvoir le faire à raison de son état de faiblesse, cette déclaration dûment constatée doit s'entendre nécessairement de toutes les signatures qu'il avait à donner tant pour les renvois que pour le corps même de l'acte (4).

La fausse déclaration de ne savoir ou de ne pouvoir signer équivaut à un refus déguisé de signer (5).

(1) Lyon, 9 mai 1873, D. 74, 5, 473.

(2) Cass. 23 déc. 1861, D. 62, 1, 31; LAURENT, t. XIII, n° 366; Comp. AUBRY et RAU, § 670-2°, texte et notes 78 et 79; DEMOLOMBE, t. XXI, n° 319.

(3) Cass. 10 déc. 1861, D. 62, 1, 38.

(4) Cass. 12 juill. 1892, D. 92, 1, 451.

(5) Cass. 13 août 1883, D. 84, 1, 118; Comp. 13 mai 1868, D. 69, 1, 307.

La lecture au testateur en présence des témoins de la partie du testament contenant la déclaration dont il s'agit n'est pas requise à peine de nullité (1).

D'après ce qui précède, on voit que les règles concernant la signature ne font pas obstacle à ce qu'un aveugle puisse signer le testament qu'il a dicté. Un aveugle peut donc faire son testament en la forme authentique; cela est d'autant plus certain qu'il peut, comme nous l'avons constaté, faire un testament olographe, et que la loi ne lui interdit que le testament mystique (art. 978); les difficultés qu'on a voulu élever à ce sujet n'ont donc rien de sérieux (2).

295. Il ne suffit pas que le testateur signe l'acte authentique contenant ses dernières volontés, ou fasse une déclaration de ne savoir ou pouvoir signer :

ART. 974. Le testament devra être signé par les témoins; et néanmoins, dans les campagnes, il suffira qu'un des deux témoins signe, si le testament est reçu par deux notaires, et que deux des quatre témoins signent s'il est reçu par un notaire.

La question de savoir si le testament a été ou non reçu à la campagne, sera tranchée par les juges du fait d'après l'importance de la localité, le chiffre de la population et la nature des occupations de ceux qui l'habitent, ainsi que le nombre probable des habitants sachant signer.

Les témoins doivent signer en présence du testateur; si l'acte n'énonçait pas que les signatures ont été données du vivant de ce dernier, la preuve testimoniale serait admissible pour prouver que les témoins ont signé après son décès.

La loi ne prescrit pas que les témoins fassent la déclaration qu'ils ne peuvent ou ne savent signer, le notaire peut le constater de son chef, et il n'est pas nécessaire que la signature des témoins fasse l'objet d'une mention. Les témoins doivent avoir assisté à tout le testament. Lorsque leur présence est mentionnée au préambule et à la clôture de l'acte,

(1) Cass. 1er juill. 1874, D. 75, 1, 68.
(2) Cass. 23 mai 1887, D. 88, 1, 469.

il y a lieu d'admettre qu'ils ont été présents à toutes les opérations, et notamment à la déclaration faite par le testateur qu'il ne pouvait signer (1).

Il y aurait donc nullité s'il était déclaré dans l'acte que le testament a été rédigé par le notaire en partie hors de la présence des témoins et sur des notes recueillies en leur absence (2).

Enfin, conformément aux prescriptions de la loi du 25 ventôse an XI, les notaires doivent énoncer à peine de nullité, le nom des témoins instrumentaires et leur demeure (3), pour permettre aux héritiers de vérifier, le cas échéant, si ces témoins remplissent les conditions de capacité voulues par la loi. L'indication de la commune dont un témoin est originaire, et de l'hospice où il se trouve en traitement au moment de la confection du testament ne saurait suppléer à la mention de la demeure exigée par la loi (4).

296. Toutes les personnes réunissant les conditions générales de capacité pour concourir comme témoins à la confection d'un testament (art. 980), ne peuvent pas cependant être prises pour témoins dans un testament public, si elles ont un intérêt particulier ou une qualité rendant difficile le libre accomplissement des devoirs imposés à un témoin :

ART. 975. Ne pourront être pris pour témoins du testament par acte public, ni les légataires, à quelque titre qu'ils soient, ni leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, ni les clercs des notaires par lesquels les actes seront reçus.

Le Code déroge, sous ce rapport, aux art. 8 et 10 de la loi du 25 ventôse an XI. Par conséquent, les parents, les alliés, les domestiques du testateur; les parents, les alliés, les

(1) Bruxelles, 29 avr. 1862, *Pas.*, 62, 2, 396.

(2) Nîmes, 25 mars 1878, D. 79, 2, 136; Cass. 17 juill. 1884, D. 86, 5, 414.

(3) Toulouse, 16 juin 1887, S. 88, 2, 140.

(4) Angers, 23 mars 1876, D. 78, 2, 15.

domestiques du notaire ou des notaires peuvent être choisis comme témoins (1).

L'énumération donnée par l'art. 975 est limitative.

Tout légataire à quelque titre que ce soit est incapable d'être témoin, le legs fût-il rémunératoire (2), ou modique; à terme ou sous condition, ou même contenu dans une clause réputée non écrite. Les legs faits pour prières devant être dites dans une église déterminée, sans désignation de personnes, s'adressent en réalité à la fabrique, du moins d'après l'opinion courante (*infrà*, n° 315) : donc le desservant qui se trouve en fait attaché à l'église dont il s'agit au moment du décès du testateur, aura pu valablement être témoin, quoiqu'il profite indirectement de la disposition (3).

Les exécuteurs testamentaires qui ne sont pas légataires peuvent aussi être témoins.

La parenté et l'alliance avec les légataires jusqu'au quatrième degré, sont des causes de nullité, et on est d'accord pour comprendre le conjoint du légataire au nombre des alliés. Suivant la majorité des auteurs et une jurisprudence constante, l'alliance et les incapacités ou prohibitions qui en sont la suite, ne cessent ni par le décès du conjoint qui la produisait, ni par le second mariage de l'autre époux (4); mais les témoins entre eux peuvent être parents ou alliés.

La qualité de clerc, chez un témoin, est aussi une cause de nullité du testament. La question de savoir à qui appartient cette qualité est à résoudre par les tribunaux d'après les circonstances de chaque cause.

Les incapacités résultant de l'art. 975 s'attachent à toute disposition quelconque du testament contenant une libéra-

(1) Voy. Grenoble, 12 juill. 1878, D. 79, 2, 93.

(2) Cass. 31 mars 1885, S. 88, 1, 116.

(3) Demolombe, t. XXI, n°s 203, 205; Laurent, t. XIII, n° 273.

(4) Dijon, 26 déc. 1888, S. 89, 2, 32; *Contrà*, Laurent, t. XIII, n° 275.

lité. Cela peut aller fort loin; ainsi serait nul le testament auquel a concouru comme témoin l'un des débiteurs du testateur, ou la caution de l'un de ses débiteurs, si le testateur a imposé à son légataire universel la condition de ne réclamer les créances de la succession qu'à partir d'un certain délai, et de n'exiger les intérêts qu'à partir du décès (1).

Remarquons que s'il avait été appelé au testament un plus grand nombre de témoins que le nombre réglementaire, l'incapacité de quelques-uns d'entre eux n'annulerait pas le testament, si les témoins capables restaient en nombre suffisant.

Le notaire n'est pas tenu de mentionner dans le testament que les témoins sont capables. Mais il est de son devoir et de son intérêt de s'assurer de leur capacité, car sa responsabilité peut se trouver engagée.

297. Enfin il ne reste plus, pour parfaire le testament, que la signature du notaire, prescrite à peine de nullité par les art. 14 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI. Le testament reste donc imparfait, si la mort surprend le testateur avant qu'il ait achevé sa signature ou lorsqu'il est mort ou a perdu l'intelligence avant l'apposition des signatures des témoins et du notaire (2).

Le notaire doit retenir minute du testament, car cet acte n'est pas au nombre de ceux que la loi du 25 ventôse an XI permet de délivrer en brevet.

298. Le testament public fait foi jusqu'à inscription de faux des faits que l'officier public est tenu d'accomplir et dont il doit faire mention, et il ne perd pas son caractère d'acte authentique, ni sa force probante par le défaut d'enregistrement dans le délai voulu.

Il faudrait donc s'inscrire en faux pour contester la date du testament, la déclaration que le testateur a dicté son testa-

(1) Laurent, t. XIII, n° 274.
(2) Poitiers, 30 déc. 1872, D. 73, 2, 123.

ment, attendu, par exemple, qu'il ne savait ou ne pouvait parler, ou l'authenticité de sa signature, ainsi que l'attestation que lecture du testament a été donnée en présence des témoins.

Quant aux autres énonciations qui ne rentrent pas dans la mission donnée au notaire par la loi, elles ne font foi que jusqu'à preuve contraire; il en est ainsi notamment de l'affirmation que le testateur était ou paraissait être sain d'esprit, affirmation exprimant seulement l'opinion du notaire sur un état mental que la loi ne l'a pas chargé de constater (1), pas plus qu'elle ne l'a chargé de constater son état physique, par exemple qu'il n'était pas sourd.

Il faut observer cependant que la preuve des faits invoqués à l'appui d'une demande en nullité pour cause d'insanité d'esprit, ou de surdité absolue du testateur, ne pourra être reçue sans inscription de faux, lorsque les faits articulés seront en opposition avec ceux que le notaire a attestés dans la limite de ses pouvoirs.

Ainsi le notaire constate que le testateur a dicté ses dispositions; les héritiers demandent à prouver qu'à l'époque où le testament a été reçu le testateur était dans un tel état d'imbécillité, sans intervalles lucides, qu'il ne pouvait articuler des mots qui fussent entendus. L'inscription de faux est nécessaire pour faire cette preuve qui va directement contre une constatation que le notaire avait mission de faire. De même l'acte constate que le notaire a requis le testateur de signer, et que ce dernier a répondu ne pas le savoir; les héritiers devront s'inscrire en faux pour prouver la surdité absolue du testateur, puisque l'allégation de cette surdité est contraire à une constatation rentrant dans la mission du notaire (2).

Ceux qui attaquent le testament peuvent prouver par toutes

(1) Cass. 5 juill. 1886, S. 88, 1, 431.
(2) LAURENT, t. XIII, n° 386.

les voies légales que les témoins, malgré l'affirmation contraire du notaire, n'avaient pas les qualités requises par la loi.

Quant aux faits matériels non constatés par le testament, on peut les établir d'après le droit commun par témoins. Ainsi on pourrait prouver par témoins que les témoins et le notaire ont signé après la mort du testateur. *Quid*, si l'acte porte que les témoins et le notaire ont signé pendant la vie du testateur? La question revient à savoir si le notaire a été chargé par la loi de constater si, au moment de la signature, le testateur était encore en vie. Or la négative paraît certaine; donc, même dans cette hypothèse, l'inscription de faux n'est pas nécessaire (1).

§ 4. — Du testament mystique.

299. — Description du testament mystique, art. 976.
300. — Ecriture de ce testament; cas où le testateur ne sait signer, art. 977.
301. — Le testateur peut garder lui-même le testament.
302. — De ceux qui ne savent ou ne peuvent lire, art. 978.
303. — De celui qui, ne pouvant parler, peut écrire, art. 979. Le testament nul comme mystique, peut valoir comme olographe.
304. — Force probante du testament mystique.
305. — Des témoins du testament mystique, art. 980.

299. Pour permettre aux testateurs d'assurer le secret et aussi la conservation de leurs dispositions de dernière volonté le législateur a emprunté à l'ancienne jurisprudence un troisième moyen de tester assez compliqué, et dont voici la description :

ART. 976. Lorsque le testateur voudra faire un testament mystique ou secret, il sera tenu de signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même, ou qu'il les ait fait écrire par un autre. Sera le papier qui contiendra ses dispositions, ou le papier qui servira

(1) Comp. LAURENT, t. XIII, n° 388.

d'enveloppe, s'il y en a une, clos et scellé. Le testateur le présentera ainsi clos et scellé au notaire, et à six témoins au moins, ou il le fera clore et sceller en leur présence; et il déclarera que le contenu en ce papier est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui : le notaire en dressera l'acte de suscription, qui sera écrit sur ce papier ou sur la feuille qui servira d'enveloppe; cet acte sera signé tant par le testateur que par le notaire, ensemble par les témoins. Tout ce que dessus sera fait de suite et sans divertir à autres actes; et en cas que le testateur, par un empêchement survenu depuis la signature du testament, ne puisse signer l'acte de suscription, il sera fait mention de la déclaration qu'il en aura faite, sans qu'il soit besoin, en ce cas, d'augmenter le nombre des témoins (*).

On voit que ces diverses formalités se réfèrent :

A l'écriture du testament;

A la clôture et au scel du testament;

A sa présentation au notaire et aux témoins;

A la rédaction d'un acte de suscription;

Et à l'unité de contexte.

C'est à la date de la suscription que le projet, daté ou non daté, présenté au notaire devient un testament mystique (1). C'est à ce moment que le testateur doit être capable. La date du testament est ainsi authentique et fait foi jusqu'à inscription de faux.

300. Le projet qui doit devenir le testament mystique peut avoir été écrit en tout ou en partie par une main étrangère; il peut aussi avoir été écrit par le notaire lui-même, sur papier timbré ou non timbré; l'acte de suscription est seul assujetti au timbre. Le notaire doit écrire lui-même cet acte; il n'en garde pas minute, mais il doit le porter sur son répertoire. L'acte de suscription est signé par le testateur, le notaire et tous les témoins, même à la campagne, car l'article 974 ne s'applique pas au testament mystique.

ART. 977. Si le testateur ne sait signer, ou s'il n'a pu le faire lorsqu'il a fait écrire ses dispositions, il sera appelé à l'acte de suscription un témoin, outre le nombre porté par l'article précédent, lequel signera l'acte avec les autres témoins; et il y sera fait mention de la cause pour laquelle ce témoin aura été appelé (**).

(*) Art. 976. — L. 21, C. *De testam.*

(**) Art. 977. — L. 21, § *Quod si litteras*, C. *De testam.*

(1) Toulouse, 7 juin 1880, D. 81, 2, 53.

La loi n'exige pas de déclaration du testateur qu'il ne sait ou n'a pu signer; il suffit que le notaire mentionne la cause pour laquelle le septième témoin a été appelé. Si par un empêchement survenu depuis la signature du testament, le testateur ne peut signer l'acte de suscription, il sera fait mention de la déclaration qu'il en aura faite, sans qu'il soit besoin, en ce cas, d'augmenter le nombre des témoins.

Il n'est pas nécessaire que l'acte de suscription fasse mention de la lecture, ni que tout a été fait d'un seul contexte.

301. Quand l'acte de suscription a été rédigé et signé, le testateur peut, à son gré, garder lui-même le testament, ou le déposer entre les mains d'un tiers ou du notaire; s'il en a confié le dépôt au notaire, il peut toujours en demander la restitution. Le notaire, en effet, n'a pas été constitué le dépositaire nécessaire d'un tel testament. L'art. 1007 suppose même que le notaire rédacteur de l'acte de suscription peut n'être pas dépositaire du testament au moment du décès du testateur, puisqu'il y est décidé que ce dernier, s'il est sur les lieux, sera appelé à l'ouverture du testament; donc le testament a pu être représenté par une autre personne (1).

302. Pour pouvoir tester en la forme mystique, il n'est pas nécessaire de savoir écrire, puisqu'on peut recourir au ministère d'un tiers; mais il faut avoir la possibilité de lire, afin d'être en mesure de vérifier l'écrit dressé par le tiers à qui on s'est adressé.

ART. 978. Ceux qui ne savent ou ne peuvent lire, ne pourront faire de dispositions dans la forme du testament mystique.

Cette prohibition n'est évidemment applicable que si le testateur s'était trouvé dans l'impossibilité absolue de lire, et non dans le cas où il aurait seulement éprouvé de la difficulté pour le faire (2). Si le testateur ne sait lire que la lettre mou-

(1) DURANTON, t. IX, n° 470; COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 121 *bis* IV; DEMOLOMBE, t. XXI, n° 358; LAURENT, t. XIII, n° 405; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 570.

(2) Liège, 21 juill. 1882, D. 84, 2, 142.

lée, il pourra faire son testament en lettres imitant ce genre d'écriture, se servir d'un composteur et imprimer ou faire imprimer son testament.

Mais il suffit que le testateur ait eu la possibilité de lire le testament qu'il a fait écrire par un tiers; il n'est pas nécessaire qu'il l'ait lu en réalité; c'est cette possibilité qui constitue pour le testateur une garantie que la loi a jugée suffisante. C'est au testateur qu'il appartient d'en user ou de n'en pas user (1).

303. La loi exige encore que le testateur, quand il ne peut parler, puisse au moins écrire au moment où est rédigé l'acte de suscription :

ART. 979. En cas que le testateur ne puisse parler, mais qu'il puisse écrire, il pourra faire un testament mystique, à la charge que le testament sera entièrement écrit, daté et signé de sa main, qu'il le présentera au notaire et aux témoins, et qu'au haut de l'acte de suscription, il écrira, en leur présence, que le papier qu'il présente est son testament : après quoi le notaire écrira l'acte de suscription, dans lequel il sera fait mention que le testateur a écrit ces mots en présence du notaire et des témoins; et sera, au surplus, observé tout ce qui est prescrit par l'art. 976.

Il convient de remarquer que dans l'hypothèse en vue de laquelle statue le texte qui précède, le testateur commence par faire un véritable testament olographe, mais que ce testament ne lui suffit pas, et qu'il veut le renforcer en y ajoutant la forme mystique. De là il suit que si le surcroît de garantie qu'il espérait de cette forme vient à être rendu impossible par une cause de nullité affectant l'acte de suscription, on ne voit pas pourquoi le testament olographe qu'il avait d'abord rédigé sur l'invitation de l'art. 979, perdrait la force qui lui est propre.

Il faut du reste généraliser la question et décider que lorsqu'un testament mystique n'est pas valable comme tel, il peut valoir comme testament olographe, si l'acte instrumentaire renfermé dans l'enveloppe est écrit en entier, daté et signé

(1) Cass. 7 mai 1866, D. 66, 1, 321; Cass. 27 mai 1868, D. 68, 1, 496; Voy. DALLOZ, *Répert., Suppl.*, v° *Disposit.*, n°s 773 à 776.

de la main du testateur (1). Il est vrai que jusqu'à l'acte de suscription l'écrit présenté au notaire n'est qu'un simple projet, en ce sens que le testateur peut toujours en modifier lui-même le contenu par des additions régulièrement faites (2). Mais c'est un testament olographe qui, d'après le projet du testateur, doit devenir un testament mystique ; qu'importe à la forme olographe que ce projet soit ou ne soit pas réalisé?

304. Si ce projet est réalisé, l'acte sous seing privé présenté au notaire va-t-il devenir authentique par la déclaration faite par le testateur qu'il a signé cet acte ou qu'il l'a fait écrire par un autre sans le signer? La négative est certaine.

L'acte de suscription est un acte authentique ; il fait foi jusqu'à inscription de faux de l'accomplissement des formalités que le notaire a pour mission d'observer et de constater. Mais l'écrit qui contient le testament demeure ce qu'il était, un acte sous seing privé, car il n'est pas possible de dire qu'il a été reçu par un officier public (art. 1317). Il n'est donc pas exact de prétendre que ce testament ne puisse être attaqué que par la voie de l'inscription de faux (3). Régulièrement, il faudrait donc décider que si la signature du testateur est méconnue par ses héritiers, les intéressés seront tenus d'en poursuivre la vérification en justice, absolument comme s'il s'agissait d'un testament olographe (4).

Cependant les situations sont bien différentes : lorsqu'un testament est produit, rien n'indique qu'il émane réellement de celui à qui il est attribué. Dans le cas de testament mystique, au contraire, il existe une déclaration authentique du testateur, portant que le papier produit est son testament. Or cette déclaration peut être opposée aux héritiers, et c'est aux

(1) Aubry et Rau, § 571, texte et note 33; Demolombe, t. XXI, n° 409; Laurent, t. XIII, n° 428; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 574.

(2) Toulouse, 7 juin 1880, D. 81, 2, 53.

(3) *Contrà*, Demolombe, t. XXI, n° 411.

(4) Aubry et Rau, § 671, texte et note 34; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 575.

héritiers qu'il appartient de la combattre par tous les moyens légaux (1).

305. Telles sont les règles applicables au testament mystique. Ce genre de testament est peu usité, à cause surtout du nombre des témoins qu'il faut mettre en mouvement. Ces témoins ne sont pas soumis aux incapacités relatives édictées par l'art. 975, mais ils doivent remplir les conditions générales de capacité exigées par le législateur de la manière suivante :

ART. 980. Les témoins appelés pour être présents aux testaments devront être mâles, majeurs, républicoles, jouissant des droits civils.

Les femmes, les mineurs et les étrangers sont donc incapables d'être témoins.

Suivant une opinion généralement reçue la capacité putative d'un témoin suffit, par application de la maxime *error communis facit jus*, pourvu que le notaire et le testateur qui l'ont choisi et accepté aient pu croire, en vertu d'une erreur invincible, qu'il remplissait les conditions de capacité voulues par la loi (2).

SECTION II.

Des règles particulières sur la forme de certains testaments.

§ 1er. — Testaments des militaires ou marins faits en mer.

306. — Texte des art. 981 à 998, avec les modifications résultant de la loi du 8 juin 1893.

306. Une loi du 8 juin 1893 a modifié, suivant les textes ci-après reproduits, les art. 981 à 984, et 988 à 998, concernant les règles particulières à la forme de certains testaments :

(1) LAURENT, t. XIII, nos 430 et 431; Trib. Hasselt, 12 août 1874, *Pas.*, 1880, 3, 11.

(2) Douai, 13 août 1884, S. 84, 2, 189.

ART. 981. Les testaments des militaires, des marins de l'Etat et des personnes employées à la suite des armées pourront être reçus dans les cas et conditions prévus à l'art. 93, soit par un officier supérieur en présence de deux témoins, soit par deux fonctionnaires de l'intendance ou officiers du commissariat, soit par un de ces fonctionnaires ou officiers en présence de deux témoins, soit enfin, dans un détachement isolé, par l'officier commandant ce détachement assisté de deux témoins, s'il n'existe pas dans le détachement d'officier supérieur, de fonctionnaire de l'intendance ou d'officier du commissariat. — Le testament de l'officier commandant un détachement isolé pourra être reçu par celui qui vient après lui dans l'ordre du service.

ART. 982. Les testaments mentionnés à l'article précédent pourront encore, si le testateur est malade ou blessé, être reçus dans les hôpitaux ou les formations sanitaires militaires, par le médecin-chef assisté de l'officier d'administration gestionnaire. — A défaut de cet officier d'administration, la présence de deux témoins sera nécessaire.

ART. 983. Dans tous les cas, il sera fait un double original des testaments mentionnés aux deux articles précédents. — Si cette formalité n'a pu être remplie à raison de l'état de santé du testateur, il sera dressé une expédition du testament pour tenir lieu du second original; cette expédition sera signée par les témoins et par les officiers instrumentaires. Il y sera fait mention des causes qui ont empêché de dresser le second original. — Dès que la communication sera possible, et dans le plus bref délai, les deux originaux ou l'original et l'expédition du testament seront adressés, séparément et par courriers différents, sous pli clos et cacheté, au ministre de la guerre ou de la marine, pour être déposés chez le notaire indiqué par le testateur ou, à défaut d'indication, chez le président de la chambre des notaires de l'arrondissement du dernier domicile.

ART. 984. Le testament fait dans la forme ci-dessus établie sera nul six mois après que le testateur sera venu dans un lieu où il aura la liberté d'employer les formes ordinaires, à moins que, avant l'expiration de ce délai, il n'ait été de nouveau placé dans une des situations spéciales prévues à l'art. 93. Le testament sera alors valable pendant la durée de cette situation spéciale et pendant un nouveau délai de six mois après son expiration.

ART. 985. Les testaments faits dans un lieu avec lequel toute communication sera interceptée à cause de la peste ou autre maladie contagieuse, pourront être faits devant le juge de paix, ou devant l'un des officiers municipaux de la commune, en présence de deux témoins.

ART. 986. Cette disposition aura lieu, tant à l'égard de ceux qui seraient attaqués de ces maladies, que de ceux qui seraient dans les lieux qui en sont infectés, encore qu'ils ne fussent pas actuellement malades.

ART. 987. Les testaments mentionnés aux deux précédents articles deviendront nuls six mois après que les communications auront été rétablies dans le lieu où le testateur se trouve, ou six mois après qu'il aura passé dans un lieu où elles ne seront point interrompues.

ART. 988. Au cours d'un voyage maritime, soit en route, soit pendant un arrêt dans un port, lorsqu'il y aura impossibilité de communiquer avec la terre ou lorsqu'il n'existera pas dans le port, si l'on est à l'étranger, d'agent diplomatique ou consulaire fran-

çais investi des fonctions de notaire, les testaments des personnes présentes à bord seront reçus, en présence de deux témoins : sur les bâtiments de l'Etat, par l'officier d'administration ou, à son défaut, par le commandant ou celui qui en remplit les fonctions, et sur les autres bâtiments, par le capitaine, maître ou patron, assisté du second du navire, ou, à leur défaut, par ceux qui les remplacent. — L'acte indiquera celle des circonstances ci-dessus prévues dans laquelle il aura été reçu.

Art. 989. Sur les bâtiments de l'Etat, le testament de l'officier d'administration sera, dans les circonstances prévues à l'article précédent, reçu par le commandant ou par celui qui en remplit les fonctions, et, s'il n'y a pas d'officier d'administration, le testament du commandant sera reçu par celui qui vient après lui dans l'ordre du service. — Sur les autres bâtiments, le testament du capitaine, maître ou patron, ou celui du second, seront, dans les mêmes circonstances, reçus par les personnes qui viennent après eux dans l'ordre du service.

Art. 990. Dans tous les cas, il sera fait un double original des testaments mentionnés aux deux articles précédents. — Si cette formalité n'a pu être remplie à raison de l'état de santé du testateur, il sera dressé une expédition du testament pour tenir lieu du second original ; cette expédition sera signée par les témoins et par les officiers instrumentaires. Il y sera fait mention des causes qui ont empêché de dresser le second original.

Art. 991. Au premier arrêt dans un port étranger où se trouve un agent diplomatique ou consulaire français, il sera fait remise, sous pli clos et cacheté, de l'un des originaux ou de l'expédition du testament entre les mains de ce fonctionnaire, qui l'adressera au ministre de la marine afin que le dépôt puisse en être effectué comme il est dit à l'art. 983.

Art. 992. A l'arrivée du bâtiment dans un port de France, les deux originaux du testament, ou l'original et son expédition, ou l'original qui reste, en cas de transmission ou de remise effectuée pendant le cours du voyage, seront déposés, sous pli clos et cacheté, pour les bâtiments de l'Etat, au bureau des armements, et pour les autres bâtiments, au bureau de l'inscription maritime. Chacune de ces pièces sera adressée, séparément et par courriers différents, au ministre de la marine, qui en opérera la transmission comme il est dit à l'art. 983.

Art. 993. Il sera fait mention sur le rôle du bâtiment, en regard du nom du testateur, de la remise des originaux ou expédition du testament faite, conformément aux prescriptions des articles précédents, au consulat, au bureau des armements ou au bureau de l'inscription maritime.

Art. 994. Le testament fait au cours d'un voyage maritime, en la forme prescrite par les art. 988 et suivants, ne sera valable qu'autant que le testateur mourra à bord ou dans les six mois après qu'il sera débarqué dans un lieu où il aura pu le refaire dans les formes ordinaires. — Toutefois, si le testateur entreprend un nouveau voyage maritime avant l'expiration de ce délai, le testament sera valable pendant la durée de ce voyage et pendant un nouveau délai de six mois après que le testateur sera de nouveau débarqué.

Art. 995. Les dispositions insérées dans un testament fait, au cours d'un voyage maritime, au profit des officiers du bâtiment autres que ceux qui seraient parents ou alliés du testateur, seront nulles et non avenues. — Il en sera ainsi, que le testament soit fait en la forme ologra-

phe ou qu'il soit reçu conformément aux art. 988 et suivants.

ART. 996. Il sera donné lecture au testateur, en présence des témoins, des dispositions de l'article 984, 987 ou 994, suivant les cas, et mention de cette lecture sera faite dans le testament.

ART. 997. Les testaments compris dans les articles ci-dessus de la présente section seront signés par le testateur, par ceux qui les auront reçus et par les témoins.

ART. 998. Si le testateur déclare qu'il ne peut ou ne sait signer, il sera fait mention de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer. — Dans les cas où la présence de deux témoins est requise, le testament sera signé au moins par l'un d'eux, et il sera fait mention de la cause pour laquelle l'autre n'aura pas signé.

§ 2. — Règles de droit international. — Nullité des testaments. — Dispositions concernant les funérailles. — Régime fiscal.

307. — Testaments faits par un Français en pays étranger, art. 999; application de la règle : *locus regit actum.*
308. — Pouvoirs et compétence des chanceliers de consulat.
309. — Enregistrement en France des testaments faits à l'étranger, art. 1000.
310. — Règle générale de l'art. 1001. Quand une formalité légale n'a pas été observée, le testament est-il inexistant ou seulement annulable?
311. — Les déclarations relatives aux funérailles sont soumises aux formes testamentaires. Loi du 15 novembre 1887.
311 *bis*. — Régime fiscal.

307. La loi s'est spécialement occupée des testaments faits en pays étrangers :

ART. 999. Un Français qui se trouvera en pays étranger, pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'art. 970, ou par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé.

Il résulte d'abord de ce texte que, pour être valable en France, le testament fait en pays étranger par un Français *suivant acte sous signature privée* devra réunir les conditions voulues par l'art. 970 pour constituer un testament olographe. Ce testament ne serait donc pas valable s'il n'était pas entièrement écrit, daté et signé par le testateur, quand même la loi locale admettrait la validité d'un testament privé sans

l'adjonction d'aucune de ces formes, sans date, par exemple, comme en Autriche; c'est là une restriction formelle à la règle : *locus regit actum* (Voy. t. Ier, nº 168).

Nous avons examiné dans notre partie générale, la question de savoir si la règle *locus.....* est impérative ou simplement facultative, et nous en avons fait l'application aux testaments (Voy. t. Ier, nº 170); nous nous référons à ce qui a déjà été dit sur ce point.

Il reste encore à examiner une difficulté. Si le testateur ne peut ou ne veut recourir à la forme olographe, il peut tester par acte authentique *avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé.* Il semble bien résulter de cette formule que l'art. 999 ne laisse pas aux Français qui se trouvent en pays étranger la faculté d'adopter indistinctement toutes les formes de testament qui pourraient y être usitées, mais seulement celles de ces formes auxquelles le statut local a attaché le caractère d'authenticité (1). Il suit de là que l'on ne saurait valider le testament mystique fait par un Français à l'étranger, que si la forme mystique est au nombre de celles qui, dans la législation sous l'empire de laquelle il a été passé, ont pour effet de conférer au testament le caractère authentique (2).

308. L'art. 999 n'a pas eu pour résultat d'abroger les dispositions de l'Ordonnance d'août 1681 sur la marine, qui permettait aux chanceliers des consulats français de recevoir dans l'étendue du consulat, les testaments des Français établis à l'étranger (3). Ces chanceliers doivent se conformer aux règles prescrites par le droit commun pour la rédaction des actes nota-

(1) Aubry et Rau, § 661, texte et note 1; Baudry-Lacantinerie, t. II, nº 577; Cass. 28 fév. 1854, D. 54, 1, 126; Cass. 19 août 1858, D. 59, 1, 81; *nec obst.* Paris, 10 août 1872, D. 73, 2, 149; *Contrà*, Demolombe, t. XXI, nº 475; Laurent, t. XIII, nº 153.

(2) Cass. 28 fév. 1854, précité.

(3) Cass. 20 mars 1883, D. 83, 1, 145.

riés. Ils sont tenus, à peine de nullité, non seulement d'observer les formalités prescrites par l'art. 972, mais encore de faire mention expresse de l'accomplissement de chacune d'elles, notamment en ce qui concerne la dictée au notaire par le testateur, et l'écriture par l'officier public (1). Quand ils reçoivent un testament, ils remplissent véritablement les fonctions notariales, et l'action en responsabilité intentée contre eux à raison d'une faute qu'ils auraient commise en n'observant par les formes prescrites pour la validité des testaments, est de la compétence judiciaire (2).

309. Le testament fait à l'étranger par un Français, selon les formes prescrites par la loi étrangère, demeure valable après le retour du testateur en France, et n'a pas besoin d'être refait ou régularisé, à quelque époque qu'il vienne à décéder. Mais dans un intérêt purement fiscal la loi exige son enregistrement.

ART. 1000. Les testaments faits en pays étranger ne pourront être exécutés sur les biens situés en France, qu'après avoir été enregistrés au bureau du domicile du testateur, s'il en a conservé un, sinon au bureau de son dernier domicile connu en France; et, dans le cas où le testament contiendrait des dispositions d'immeubles qui y seraient situés, il devra être, en outre, enregistré au bureau de la situation de ces immeubles, sans qu'il puisse être exigé un double droit.

Cette disposition n'a rien de commun avec la validité des testaments. Mais il n'en est pas de même de la suivante.

310. Quand une formalité prescrite par la loi n'a pas été observée, le testament est-il inexistant ou simplement annulable?

ART. 1001. Les formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis par les dispositions de la présente section et de la précédente, doivent être observées à peine de nullité.

Le texte ne répond pas à la question posée, car il ne détermine pas le caractère de cette nullité. Il y a donc une lacune

(1) Cass. 3 juin 1891, D. 92, 1, 317.
(2) Trib. conflits, 6 avr. 1889, S. 91, 3, 48.

dans la loi, et cette lacune a eu pour conséquence de faire considérer le testament comme inexistant à l'égard du testateur, et comme simplement annulable à l'égard des héritiers (1).

De ce qu'un testament nul en la forme doit être considéré comme inexistant à l'égard du testateur, il suit que ce dernier ne pourrait le confirmer par un testament régulier. Ce second testament ne peut faire revivre que celle des dispositions du premier testament qu'il rappelle en termes exprès.

Au contraire, de ce qu'un testament nul en la forme doit être considéré comme purement annulable à l'égard des héritiers, il suit :

1° Que les héritiers ont une véritable action en nullité pour vice de forme, action qui se prescrit par trente ans à partir du décès du testateur ;

2° Que les héritiers peuvent renoncer à cette action soit par une confirmation expresse du testament, en vertu du principe de l'art. 1340 qui sera expliqué plus tard, soit par une exécution volontaire du testament dont ils connaissaient les vices (2).

Lorsqu'une cause de nullité est établie, le tribunal doit annuler le testament quel que soit le vice qui le rend nul (3). Mais s'il y a doute sur l'accomplissement d'une formalité prescrite, nous pensons qu'il faut se prononcer pour la validité du testament (4).

311. Nous devons rappeler qu'aux termes de la loi du 15 novembre 1887, les formes testamentaires doivent être observées par celui qui, dans une déclaration faite devant notaire ou sous signature privée, ne contenant aucune dis-

(1) Voy. LAURENT, t. XIII, nos 451 à 453; Comp. DEMOLOMBE, t. XXI, nos 491 et 492.

(2) Bruxelles, 12 juin 1882, *Pas.*, 82, 2, 412.

(3) Toulouse, 22 juin 1864, D. 64, 2, 167; LAURENT, t. XIII, n° 456.

(4) *Contrà*, LAURENT, *loc. cit.*, n° 457.

position relative aux biens, entend régler les conditions de ses funérailles (Voy. t. Ier, nº 348). L'offre de preuve tendant à établir la volonté verbalement exprimée du défunt quant au mode de ses funérailles et au lieu de sa sépulture doit être rejetée comme se référant à une forme testamentaire non admise par la loi (1).

D'après l'art. 3 de la loi précitée, tout majeur ou mineur émancipé peut charger une ou plusieurs personnes de veiller à l'exécution de ses dispositions. Les conditions de la révocation sont soumises aux même règles que la révocation.

En cas de contestation sur les conditions des funérailles, il est statué dans le jour, sur la citation de la partie la plus diligente, par le juge de paix du lieu du décès, sauf appel devant le tribunal civil de l'arrondissement qui devra statuer dans les vingt-quatre heures. La décision est notifiée au maire qui est chargé d'en assurer l'exécution (art. 4).

Sera punie des peines portées aux art. 190 et 200 du Code pénal, sauf application de l'art. 463 dudit Code, toute personne qui aura donné aux funérailles un caractère contraire à la volonté du défunt ou à la décision judiciaire, lorsque l'acte constatant la volonté du défunt ou la décision du juge lui aura été signifié (art. 5) ; la loi dont s'agit est applicable à l'Algérie et aux colonies (art. 6).

A défaut de déclaration de volonté de la part du défunt quant à ses funérailles, il est admis que son conjoint survivant a, de préférence à tous autres, le droit de régler la sépulture (2). C'est une conséquence de l'association conjugale contenant implicitement un pouvoir réciproque que les époux se donnent à cet égard, sauf le droit de révoquer ce pouvoir par la déclaration en forme testamentaire autorisée par la loi de 1887.

311 *bis*. Les droits de mutation sont perçus d'après

(1) Toulouse, 3 déc. 1889, D. 90, 2, 133.
(2) Arrêt de Toulouse précité.

le tarif en vigueur pour les transmissions à titre gratuit.

En vertu de la loi du 28 février 1872 (art. 4), les testaments authentiques sont actuellement sujets au droit fixe de 7,50, les décimes en plus, au total : 9 fr. 38.

Mais les testaments authentiques d'une date antérieure à la loi de 1872, ne sont sujets qu'au droit fixe de 5 fr.

Il n'est dû qu'un seul droit, quel que soit le nombre des legs.

Les testaments reçus par les notaires ou déposés chez eux, sont enregistrés dans les trois mois du décès, à peine d'un droit en sus, à la diligence des héritiers, légataires ou exécuteurs testamentaires qui supportent le double droit encouru en cas de retard.

La régie a reconnu qu'elle n'a d'action que contre les légataires, tant pour la représentation du testament que pour le paiement du droit d'enregistrement.

Le délai de trois mois s'applique aux suscriptions de testament mystique et aux actes portant révocation des testaments, mais non aux testaments olographes. Il n'existe pas non plus de délai imparti pour l'enregistrement des testaments faits en pays étranger (1).

Pour les testaments mystiques, l'acte de suscription est assujetti au droit de 3 francs comme acte innomé. Le délai pour l'enregistrement de cet acte est le même que pour l'enregistrement du testament, trois mois à partir du décès. En cas d'enregistrement hors délai, le droit en sus n'est dû que sur le testament.

Les testaments olographes sont soumis à l'obligation de l'écriture sur papier timbré à peine d'une amende de 5 fr. si leur date est antérieure à la loi du 2 juillet 1862, et de 50 fr. si elle est postérieure.

Le testament olographe, quand le dépôt en a été ordonné dans les minutes d'un notaire, doit être soumis à l'enregis-

(1) Voy. AMIAUD, *loc. cit.*, v° *Testam. auth.*, n°s 109 à 114.

trement dans les trois mois du décès du testateur, à la diligence des héritiers, légataires ou exécuteurs testamentaires, (L. 22 frim. an VII, art. 21).

SECTION III.

Des institutions d'héritiers et des legs en général.

312. — Rappel du principe que les dispositions testamentaires ne produisent effet que comme legs, art. 1002; comparaison avec le droit romain et le droit coutumier; classification.
313. — Règles d'interprétation.
314. — De l'exhérédation par voie d'exclusion.
315. — Un legs ne peut être fait qu'à une personne physique ou morale.
316. — Cette personne doit être certaine. *Quid*, en cas d'insuffisance dans sa désignation?
317. — Sens des mots : enfants, petits-enfants, etc., employés dans les dispositions testamentaires.
318. — Sens des mots : neveux, cousins, cousins-germains.
319. — Acceptation et répudiation des legs.

312. Nous avons vu que, d'après l'art. 967, toute personne peut disposer par testament, soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous tout autre dénomination propre à manifester sa volonté. Cette déclaration trouve son complément dans le texte suivant :

> ART. 1002. Les dispositions testamentaires sont ou universelles, ou à titre universel, ou à titre particulier. — Chacune de ces dispositions, soit qu'elle ait été faite sous la dénomination d'institution d'héritier, soit qu'elle ait été faite sous la dénomination de legs, produira son effet suivant les règles ci-après établies pour les legs universels, pour les legs à titre universel, et pour les legs particuliers.

Il est donc certain que la volonté du testateur sera toujours respectée quels que soient les termes par lui employés; seulement sa disposition ne vaudra jamais que comme legs, quand même il se serait servi du mot héritier, ou de la formule : institution d'héritier. Il y a donc à cet égard une grande différence entre le droit romain et le droit français, et le

testament du droit français n'est pas du tout le testament du droit romain.

En droit romain on était arrivé à admettre le principe formulé par la loi des XII Tables : *uti legassit pater familias super pecunia tutelave suæ rei*, ITA JUS ESTO. On peut dire par conséquent que le *pater familias* était en quelque sorte investi à ce point de vue du droit de *jura condere;* il faisait l'office de législateur, et c'est l'une des raisons pour lesquelles primitivement l'intervention du pouvoir législatif était nécessaire pour la confection des testaments.

Le testament n'était rien autre chose que la substitution d'un héritier au testateur. Voilà pourquoi le testament était nul si l'institution y faisait défaut; voilà pourquoi l'annulation de l'institution entrainait la chute de toutes les autres dispositions n'ayant et ne pouvant avoir qu'une valeur accessoire et dépendante.

Dans le droit coutumier, autres furent les principes. La théorie d'une copropriété de famille dont les membres ne pouvaient être dépouillés par les dispositions arbitraires d'un testateur, avait fait admettre que la volonté individuelle ne pouvait substituer un héritier au lieu et place du défunt, et ne pouvait que créer des légataires universels.

En présence de cette situation, qu'a fait le législateur moderne? D'abord, quant à la forme, il a déclaré qu'il ne faudrait aucunement s'y arrêter; la disposition sera toujours valable que le testateur ait institué une personne en qualité d'*héritier* ou en qualité de *légataire universel.*

Mais au fond quel sera le véritable caractère de celui qui aura été ainsi appelé par le testateur? Il ne sera pas de plein droit substitué au lieu et place du testateur; sauf au cas de l'art. 1006 il devra demander la délivrance de l'avantage qui lui est fait (Voy. ci-dessus, n° 264), et même dans le cas de l'art. 1006, il devra se faire envoyer en possession

si le testament qui l'institue est olographe (art. 1008). Ce n'est donc qu'un légataire.

Le testateur dans notre droit moderne, ne peut donc pas en principe, *substituer* une autre personne à lui-même. La liberté de disposer se trouve donc, à ce point de vue, soumise chez nous à des restrictions que ne connaissaient pas les Romains. Ce point que nous venons de dégager va nous permettre de faire certains rapprochements intéressants.

En droit romain celui qui voulait faire des dispositions testamentaires quelconques, devait commencer par se substituer un véritable héritier. Il devait le faire sérieusement. Il serait donc tombé en contradiction avec lui-même, ou se serait moqué de l'héritier désigné, s'il avait épuisé la succession par des legs. Aussi les lois *Furia testamentaria*, *Voconia* et surtout la loi *Falcidia* imposèrent des limites à la faculté de grever les hérédités testamentaires de legs trop considérables. Il fut décidé que le quart de l'hérédité devait toujours rester libre pour l'héritier. Les légataires eux-mêmes étaient intéressés à ce qu'il en fût ainsi pour empêcher l'héritier de faire tomber le testament en répudiant.

Chez nous, il n'en est plus ainsi ; ce n'est pas le testateur qui fait les héritiers, c'est la loi. Donc le testateur ne se moque de personne et ne tombe pas en contradiction avec lui-même quand il épuise la succession par des legs particuliers. Donc, á ce point de vue, la quarte falcidie n'a plus de raison d'être ; elle est également sans utilité au point de vue de l'intérêt des légataires particuliers, puisque la nullité ou la caducité du legs universel, ou la répudiation de la part du légataire universel ne compromettent plus les legs particuliers.

Les mêmes considérations expliquent aussi comment la quarte trébellianique, qui remplissait pour les fidéicommis, le même rôle que la quarte falcidie pour les legs, a pareillement disparu.

En second lieu rien n'empêchait, à Rome, un testateur, de

faire des legs à celui-là même qui aurait été appelé *jure legitimo*, à la succession *ab intestat*. Le légataire arrivait alors non en vertu de la loi générale, non applicable dans l'espèce, mais en vertu de la *lex testamenti*.

En droit français il en est autrement. Ce n'est pas le testateur qui fait les héritiers, c'est la loi. Donc la qualité d'héritier est indépendante de la volonté du testateur. Il suit de là qu'il y a incompatibilité entre la qualité de légataire que l'on tient du testateur, et celle d'héritier qu'on tient de la loi. Quand le testateur a fait un legs sans clause de préciput à l'un de ses héritiers, le legs ne peut valoir. De plus, lorsqu'un testateur a divisé toute sa fortune par des legs particuliers entre tous ses héritiers les plus proches, ces héritiers, qui n'ont pas besoin du testateur pour être tels, sont obligés d'abdiquer leur titre d'héritiers s'ils veulent demeurer légataires, ou de renoncer aux legs s'ils veulent rester héritiers. Nous aurons d'ailleurs occasion de revenir sur ces points quand nous aurons décrit les diverses espèces de legs et les règles qui leur sont applicables. En résumé, toute disposition testamentaire est nécessairement un legs, et tout legs est :

Universel,

A titre universel,

Ou à titre particulier.

313. En cas de doute sur la nature du legs, comme d'ailleurs sur le sens de toute disposition testamentaire, les juges décideront d'après les circonstances et l'intention du testateur; leur décision échappera à la censure de la Cour de cassation pourvu qu'elle porte sur une clause réellement ambiguë (1) et que d'ailleurs elle ne dénature pas les termes du testament (2). Mais si après avoir, par exemple, décidé en fait qu'il s'agit d'un legs à titre universel, et non d'un legs universel, ils en tiraient des conséquences contraires aux prin-

(1) Pau, 18 janv. 1886, D. 87, 2, 63.
(2) Cass. 9 juill. 1890, D. 91, 1, 28.

cipes juridiques, leur décision pourra être censurée par la Cour suprême.

Dans l'interprétation d'un testament, les juges doivent s'attacher aux intentions du testateur, qu'elles y soient formellement exprimées ou qu'elles s'induisent de son esprit et des autres éléments d'appréciation versés au procès (1). Mais il ne leur appartient pas de rechercher ce que les sentiments de famille ou d'autres considérations commandaient de faire pour le substituer à ce que le testateur a fait, ou pour supprimer les conditions imposées à l'exécution d'une disposition (2). Notamment, il n'est pas permis aux juges, pour prévenir les conséquences d'une disposition testamentaire, quelque étranges qu'elles puissent paraître, de reconnaître dans le testament une intention que le testateur n'a pas manifestée (3).

314. L'exhérédation proprement dite n'existe plus. Néanmoins le testateur peut disposer par voie d'exclusion, pourvu qu'il indique suffisamment ceux auxquels doit revenir l'hérédité ou la portion de l'hérédité dont il exclut certains parents (4). L'exhérédation prononcée par le testateur contre un ou plusieurs de ses héritiers, aura pour effet d'attribuer la part des héritiers exclus aux autres héritiers appelés par la loi (5), alors même que le testateur aurait disposé de tous ses biens au profit d'une autre personne, si ce dernier legs est devenu caduc (6).

(1) Cass. 30 juill. 1879, D. 80, 1, 259; Cass. 1er déc. 1879, D. 80, 134.

(2) Cass. 15 mai 1889, D. 89, 1, 378; Cass. 2 déc. 1879, D. 80, 1, 69.

(3) Bruxelles, 8 nov. 1890, *Pas.*, 91, 2, 81; Comp. Liège, 3 juillet 1890, *Pas.*, 91, 2, 29.

(4) Lyon, 29 juill. 1885, D. 86, 2, 29.

(5) Cass. 15 avr. 1885, S. 86, 1, 453; Voy. Cass. 6 nov. 1878, D. 79, 1, 249.

(6) Laurent, t. XIII, n° 482; Comp. Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 578; Voy. Lyon, 28 juill. 1885, S. 87, 2, 101; Cass. 10 fév. 1869, S. 69, 1, 153.

Prononcée à l'égard d'un réservataire l'exclusion portera sur la quotité disponible (1), qui se trouvera ainsi implicitement attribuée à ceux qui tiennent leur vocation de la loi. Mais tant que la liquidation et le partage n'auront pas déterminé la part de cet héritier, les droits qui lui appartiennent demeurent intacts, et, par exemple, la demande en délivrance du legs de l'usufruit de la quotité disponible, est valablement dirigée contre lui (2).

315. Les personnes physiques ou morales, ayant d'ailleurs la capacité de recevoir, peuvent seules être gratifiées d'un legs quelconque. On ne comprendrait pas un legs qui serait adressé à un objet matériel ou à une conception arbitraire de l'esprit. Ainsi un legs fait par un testateur *à sa dépouille mortelle*, a été déclaré nul, tout à la fois, comme fait à un sujet dépourvu d'individualité réelle ou de personnalité civile et comme frappant l'immeuble objet de ce legs d'inaliénabilité perpétuelle (3). La première raison suffisait.

Les juges voulant expliquer ce legs pensent que le testateur : « ayant assez longtemps vécu au milieu des peuples de l'Extrême-Orient, avait pu puiser le germe de cette conception dans leurs doctrines philosophiques et leur culte religieux pour les morts. » Chez les peuples occidentaux, un testateur pourrait arriver à des conceptions différentes, et faire un legs *à son âme*, ou encore à un Saint, à la Sainte-Vierge, etc. On valide de semblables legs comme faits pour prières devant être dites, à l'intention du défunt, soit dans son église paroissiale, soit dans une autre église, s'il a légué, par exemple, à la Sainte-Vierge de telle église ; on décide en conséquence que la fabrique de l'église régulièrement autorisée à accepter ce legs, a qualité pour en réclamer l'exécu-

(1) Trib. Gand, 1er avr. 1891, *B. J.*, 91, 630.
(2) Cass. 1er juill. 1891, S. 91, 1, 337.
(3) Trib. Orange, 30 déc. 1887, D. 89, 3, 63.

tion (1). Pour nous, il nous est impossible de voir dans ces déclarations mystiques autre chose qu'un acte de foi; la volonté de créer un lien de droit au profit d'une fabrique d'église quelconque n'en ressort à aucun point de vue ; il faut y voir une indication de dépense dont la garantie d'exécution, à défaut d'exécuteur testamentaire, sera la conscience des héritiers (2).

316. Dans les espèces ci-dessus, il n'y a pas en réalité indication d'un légataire. Mais il ne suffit pas pour qu'il y ait un legs valable que la volonté de désigner un légataire résulte de la disposition ; il faut encore que la désignation du légataire s'applique à une personne certaine (3). Le legs serait donc nul s'il était adressé à une personne incertaine, c'est-à-dire dont l'identité n'a pas été marquée par le testateur avec une précision suffisante pour permettre de reconnaître la personne gratifiée (4).

Il n'est pas cependant nécessaire de désigner le légataire par son véritable nom (5) ; il sera suffisamment désigné par l'indication de sa fonction et de son domicile, quand il exerce seul cette fonction dans la localité dont il s'agit (6). Les legs faits : *à une femme de chambre*, *au domestique*, *au cuisinier*, *à la fille de cuisine*, sans désignation plus précise, les noms étant restés en blanc, pourraient, d'après les circonstances, s'entendre des personnes se trouvant au service du testateur à la date du testament ou à celle du décès (7).

(1) Trib. Seine, 15 janv. 1880, S. 90, 2, 96; Demolombe, t. XVIII, nos 615, 616.

(2) Aubry et Rau, § 715; §§ 655, 656, note 8.

(3) Pau, 24 mars 1884, D. 85, 2, 201.

(4) Voy. Cass. 13 janv. 1857, D. 57, 1, 196; Dijon, 1er juin 1883, S. 85, 2, 175.

(5) Douai, 22 août 1878, D. 79, 2, 128.

(6) Bruxelles, 16 fév. 1885, *Pas.*, 85, 2, 118.

(7) Gand, 8 fév. 1888, *Pas.*, 88, 2, 185; Comp. Paris, 7 août 1875, D. 77, 1, 260.

Si la désignation faite par le testateur est insuffisante, le juge peut, même en dehors du testament, avoir égard aux faits et circonstances de la cause ; il peut même admettre la preuve de ces faits par témoins. Il ne s'agit pas de rechercher la volonté du testateur ailleurs que dans le testament lui-même, mais seulement de vérifier, avant de faire droit, à qui s'appliquent les expressions dont le testateur s'est servi pour désigner le légataire (1). Ainsi un testateur avait fait un legs au profit de sa sœur *Minette*. Ce legs a été validé par le Cour de Metz parce qu'il n'y avait aucun doute sur la personne (2) ; mais s'il y avait eu doute les juges auraient pu recourir à une enquête pour savoir si en effet le testateur avait une sœur ainsi habituellement désignée dans la famille. Quelques arrêts décident que les juges ne peuvent avoir égard aux circonstances extrinsèques que s'il existe dans l'acte des énonciations ayant quelques rapports avec la personne qui se prétend instituée (3).

Si l'incertitude que la désignation laisse sur la personne du légataire ne peut être dissipée par les faits et les circonstances de la cause, le juge doit annuler le legs (4). Cette incertitude ne serait pas dissipée par la référence aux dispositions contenues dans le testament d'une autre personne, que le testateur, sans les rappeler, déclarerait faire siennes en cas de prédécès de cette personne (5).

317. Les testateurs se servent quelquefois d'appellations générales pour désigner les légataires.

Ainsi quel est le sens du mot *enfants?* comprend-il seule-

(1) Cass. 6 avr. 1891, D. 92, 1, 279 ; Cass. 22 janv. 1851, D. 51, 1, 89 ; LAURENT, t. XIII, n° 487.

(2) Metz, 28 mars 1822, D. *Répert.*, v° *Disposit.*, n° 3434-1°.

(3) Nancy, 30 juin 1888, S. 89, 2, 5.

(4) LAURENT, t. XIII, n° 490.

(5) Paris, 11 mai 1882, D. 84, 2, 33.

ment les descendants au premier degré, ou doit-il s'entendre de toute la descendance?

La loi n'ayant pas donné une définition du mot enfant, il en résulte que, dans les actes de dernière volonté, il faut rechercher surtout l'intention du testateur pour déterminer le sens et la portée de cette expression. A ce point de vue essentiellement relatif, il n'est pas plus exact de prétendre, comme l'ont fait certains arrêts (1), que l'expression générale d'enfants comprend les petits-enfants venant par représentation de leurs parents, qu'il n'est permis d'affirmer, comme l'ont fait d'autres décisions (2), que l'expression *enfants*, en règle générale, comprend seulement les personnes occupant le premier degré en ligne directe descendante. Le débat se réduit à une question d'intention.

Tout ce que l'on peut dire c'est que, d'après le langage usuel, quand un individu parle de ses enfants, il comprend dans cette expression ses petits-enfants, mais que lorsqu'il parle des enfants d'un autre, il limite l'expression au premier degré.

Quand le testateur appelle à sa succession les enfants et les petits-enfants, ceux-ci succèdent par tête ou par représentation suivant l'intention du testateur (3). L'appel collectif implique en général la succession par représentation. Si le testateur institue : « comme légataires universels A et B d'une part et d'autre part les enfants de C avec accroissement entre eux et représentation dans chaque branche à l'infini », le juge peut décider, par voie d'interprétation, que le testateur a entendu diviser la succession entre les deux groupes, avec accroissement dans chaque groupe au profit du survivant, et accroissement d'un groupe

(1) Poitiers, 10 août 1858, D. 59, 2, 108; Caen, 15 fév. 1876, D. 77, 2, 110.

(2) Toulouse, 1er mars 1820, D. *Répert.*, v° *Disposit.*, n° 3454-1°.

(3) Voy. Douai, 22 août 1878, D. 79, 2, 128.

à l'autre, seulement en cas d'extinction de ce groupe (1).

318. Le mot *neveux* comprend les *nièces*, si des circonstances il résulte que telle a été l'intention du testateur. Les descendants de frères et sœurs jouissent du bénéfice de la représentation, mais le testateur peut régler leurs droits comme il l'entend. Il peut établir le partage par tête; il peut aussi maintenir le droit de représentation en le modifiant (2).

Dans le langage usuel on entend par *cousins germains* les collatéraux du 4e degré, sans distinguer s'ils sont unis au défunt par un simple lien ou par un double lien. L'institution comme légataires des cousins germains ne saurait comprendre implicitement les *cousins issus de germains* (3). Quant à la dénomination de *cousins issus de germains*, elle s'applique dans la pratique du langage aux parents en ligne collatérale dont les père et mère sont entre eux à l'état de cousins germains. Le sens légal de ces expressions est d'accord avec leur sens usuel. Il appartient d'ailleurs aux tribunaux de rechercher d'après les circonstances quelle a été la volonté du testateur, qui, en employant ces expressions, a pu n'entendre instituer que les enfants de ses propres cousins germains (4).

319. L'acceptation et la répudiation des legs demeurent soumises aux règles du droit commun. Elles peuvent avoir lieu expressément ou tacitement. Le légataire de deux legs distincts peut accepter l'un et répudier l'autre.

Le testateur a le droit de mettre à son legs un terme certain ou incertain : je lègue à X quand il se mariera, ou quand il sera majeur; il peut aussi y ajouter une charge, un mode, une condition suspensive ou résolutoire, quand même cette

(1) Cass. 5 déc. 1881, D. *Répert.*, *Suppl.*, v° *Disposit.*, n° 854, n° 7.
(2) Laurent, t. XIII, nos 494, 495.
(3) Laurent, t. XIII, nos 496, 497.
(4) Cass. 11 mars 1890, D. 91, 1, 183; Comp. Cass. 3 janv. 1888, D. 88, 1, 54.

condition serait de nature à être réalisée de son vivant (1). Le terme incertain produit le même effet que la condition.

La renonciation à un legs produit les mêmes effets que la renonciation à une succession, mais elle n'est pas soumise aux formes prescrites par l'art. 784 (2). Les créanciers du légataire qui renonce au préjudice de leurs droits, peuvent intenter l'action révocatoire et invoquer le bénéfice de l'article 788.

SECTION IV.

Du legs universel.

320. — Définition, art. 1003 et applications.
321. — Effets du legs universel quant à la transmission de la propriété ou de la possession. Nécessité d'une demande en délivrance s'il y a des héritiers à réserve, art. 1004.
322. — Notion de la délivrance ; du droit aux fruits, art. 1005.
323. — Cas où il n'y a pas d'héritiers à réserve, art. 1006, et où le légataire universel est porteur d'un testament authentique.
324. — Cas où le légataire est porteur d'un testament olographe ou mystique, art. 1007.
325. — Nature de l'ordonnance de dépôt concernant ce testament.
326. — Envoi en possession du légataire universel non saisi, art. 1008.
327. — Compétence à cet égard et voies de recours. *Quid* à l'égard du testament d'un étranger, ou d'un Français décédé à l'étranger ?
328. — Condition du légataire universel vis-à-vis des autres légataires et des créanciers de la succession quand il n'y a pas d'héritiers réservataires.
329. — Même question pour le cas où il y a des héritiers réservataires, art. 1009.

320. Celui qui veut disposer de ses biens par testament, peut les envisager isolément comme constituant des éléments

(1) Cass. 22 mars 1882, D. 83, 1, 76.

(2) Cass. 7 mai 1870, D. 71, 1, 56; Nancy, 1er fév. 1884, D. 85, 2, 181.

distincts compris dans son patrimoine. Il peut aussi les envisager dans leur ensemble, comme formant le patrimoine lui-même, considéré comme *universitas*, ayant un actif et un passif.

Si c'est le patrimoine ainsi envisagé comme *universitas*, qui forme l'objet du legs, le legs sera universel :

ART. 1003. Le legs universel est la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité des biens qu'il laissera à son décès.

Il y aura donc legs universel quand le légataire, ou les légataires, seront appelés éventuellement à recueillir en propriété et non pas seulement en usufruit, l'universalité des biens composant la succession, quand même l'exécution des charges et conditions absorberait la totalité de l'hérédité (1), quand même il y aurait des héritiers à réserve, quand même le testateur, sauf volonté contraire appréciée par les juges du fond, aurait indiqué la part qui, en fait, doit revenir à chacun (2). Il importe peu que la disposition porte sur la pleine propriété ou sur la nue-propriété seulement (3).

Toute vocation éventuelle à l'universalité des biens sera constitutive d'un legs universel. Cette vocation résultera, tantôt de la formule employée pour désigner le légataire, par exemple si le testateur a dit :

J'institue N. *mon héritier;*

Je l'institue « *mon légataire* » sans aucune restriction;

Tantôt de la formule employée pour désigner l'objet du legs, par exemple si le testateur a dit :

Je lègue la portion ou la quotité disponible, ou « les biens dont je pourrai disposer à mon décès » ; dans ce cas, en effet, si les réservataires ne viennent pas à la succession, tout est disponible au moment du décès;

(1) Nancy, 9 déc. 1891, D. 92, 2, 270 ; Angers, 22 juin 1887, D. 89, 2, 4 ; Cass. 5 juill. 1886, D. 86, 1, 465, etc.

(2) Cass. 7 juill. 1880, D. 82, 1, 55.

(3) Angers, 27 (ou 28) mars 1878, D. 78, 2, 231.

Il en sera de même si le testateur, après avoir fait des legs particuliers, s'est exprimé de la manière suivante :

Je lègue à X. *le reste disponible de ma succession* (1) ;

Ou bien : *tout ce qui reste d'argent, propriété et maison* (2) ;

Ou encore : *tout le surplus de l'argent* (3) ; *le surplus de ce que je possède* (4).

Toutes ces dispositions reposent sur une interprétation de volonté, susceptible d'être modifiée d'après les circonstances particulières de chaque cause, et qui échappe à la censure de la Cour suprême.

321. Le légataire universel devient, en vertu de la loi (article 711), immédiatement propriétaire de tous les biens compris dans la succession dès que son droit s'est ouvert. Par conséquent s'il se trouve en concours avec des héritiers réservataires, son legs étant ainsi restreint à la quotité disponible, quote-part de l'hérédité, il devient copropriétaire des biens de la succession avec l'héritier réservataire, et un partage devra avoir lieu.

Est-il en même temps saisi de la possession dans le sens de l'art. 724?

Il faut distinguer suivant qu'il y a ou qu'il n'y a pas d'héritiers réservataires.

ART. 1004. Lorsqu'au décès du testateur il y a des héritiers auxquels une quotité de ses biens est réservée par la loi, ces héritiers sont saisis de plein droit, par sa mort, de tous les biens de la succession ; et le légataire universel est tenu de leur demander la délivrance des biens compris dans le testament.

La saisine des réservataires leur donne le droit d'appréhender les biens héréditaires, de les administrer, d'en percevoir les fruits, et aussi d'exercer les diverses actions héréditaires. Tous ces avantages auraient pu être revendiqués par le légataire universel, si la loi lui avait accordé la saisine.

(1) Orléans, 4 juill. 1885, D. 86, 2, 195.
(2) Cass. 10 fév. 1885, D. 86, 1, 111.
(3) Cass. 4 fév. 1879, D. 79, 1, 220.
(4) Cass. 12 juill. 1881, D. 82, 1, 374.

Il se serait donc trouvé en situation de porter atteinte à l'intégrité de la réserve qu'il aurait pu compromettre soit par des dilapidations, soit par une mauvaise gestion. C'est, dit-on, pour ce motif, que le législateur a préféré accorder la saisine à l'héritier réservataire (1). Quoi qu'il en soit, on en tire cette conséquence que le testateur ne pourrait pas dispenser le légataire universel de demander délivrance à l'héritier réservataire.

Le légataire universel en concours avec un héritier réservataire ne pourra donc pas se mettre lui-même en possession de la portion héréditaire qui lui revient. Il devra demander la délivrance. Mais il pourra disposer de son legs avant la délivrance, le vendre, le transmettre, et ses créanciers pourront le frapper de saisie et d'opposition (2).

322. La délivrance n'est autre chose que la mise en possession juridique du legs. Elle est nécessaire quand même au moment de la mort du testateur, le légataire détiendrait les biens légués en qualité de locataire, de fermier, de mari, etc. La tradition matérielle des biens n'a en effet rien de commun avec la délivrance (3). Nous aurons du reste à revenir ultérieurement sur cette matière (V. *infrà*, n°s 337 et suiv.).

L'acte de délivrance ne doit pas être transcrit. C'est un acte d'exécution. Le légataire a la propriété du jour du décès par l'effet du testament, et on ne transcrit pas les testaments ni leurs actes d'exécution.

D'après les principes généraux en matière de succession, le légataire universel en concours avec des réservataires, devrait avoir droit aux fruits et intérêts à partir du jour de l'ouverture de la succession, *fructus augent hereditatem ;* mais

(1) DEMOLOMBE, t. XXI, n° 552 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 584.
(2) Liège, 29 juill. 1874, *Pas.*, 75, 2, 116.
(3) Alger, 19 fév. 1875, D. 77, 2, 83 ; Voy. AUBRY et RAU, § 718, n° 4.

il n'en est ainsi que lorsque la demande en délivrance n'est pas tardive.

ART. 1005. Néanmoins, dans les mêmes cas, le légataire universel aura la jouissance des biens compris dans le testament, à compter du jour du décès, si la demande en délivrance a été faite dans l'année, depuis cette époque; sinon, cette jouissance ne commencera que du jour de la demande formée en justice, ou du jour que la délivrance aurait été volontairement consentie.

Cette disposition s'applique à la délivrance volontaire comme à la délivrance judiciaire.

Il peut arriver que le légataire universel soit, de son côté, comptable des fruits vis-à-vis des héritiers à réserve. C'est ce qui aura lieu lorsqu'il était déjà, au moment du décès du *de cujus*, détenteur des biens à un titre quelconque, et qu'il n'a pas formé sa demande en délivrance dans l'année qui a suivi le décès (1).

323. Quand le légataire universel n'est pas en concours avec des héritiers à réserve, il n'y a aucun motif pour lui refuser la saisine et le soumettre à la nécessité d'une demande en délivrance :

ART. 1006. Lorsqu'au décès du testateur il n'y aura pas d'héritiers auxquels une quotité de ses biens soit réservée par la loi, le légataire universel sera saisi de plein droit par la mort du testateur, sans être tenu de demander la délivrance.

Il en sera de même lorsque l'héritier à réserve aura renoncé à la succession ou aura été déclaré indigne. Il en sera encore de même dans le cas où le testateur n'a pu, à cause de sa minorité, disposer que de la moitié de ses biens et dans le cas où le légataire universel est un enfant naturel reconnu du testateur, et comme tel incapable de recevoir au-delà de la quotité disponible. Mais cette circonstance ne met pas obstacle à une vocation éventuelle à la totalité des biens (art. 758 et 908 cbn.) (2).

Par l'effet de cette vocation à l'universalité des biens, la

(1) Alger, 19 fév. 1875, D. 77, 2, 83.

(2) LAURENT, t. XIV, n° 11 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 588.

caducité ou la nullité d'un legs particulier profite au légataire universel et non à l'héritier légal, alors même que le legs particulier aurait été fait postérieurement au legs universel. Il en résulte que lorsqu'un légataire universel est institué, les héritiers du sang, en l'absence d'héritiers réservataires, sont non recevables à demander la nullité des legs particuliers, soit du chef de substitution prohibée (Voy. ci-dessus, n° 31 *bis*), soit du chef de captation. Il en serait autrement si une transaction intervenue entre le légataire universel et l'héritier non réservataire avait eu pour résultat de transporter à ce dernier le bénéfice d'un legs particulier au cas où ce legs serait annulé (1).

Quand le légataire universel qui a la saisine est porteur d'un testament authentique, il peut se mettre lui-même en possession des biens héréditaires, comme l'héritier *ab intestat*, sans remplir aucune formalité. Dans ce cas, il a un titre exécutoire qu'il peut mettre à exécution conformément au droit commun, et la force exécutoire de ce titre ne peut être suspendue que par une inscription de faux. Le testament conserverait sa force exécutoire, alors même qu'il serait attaqué au fond pour insanité d'esprit ou captation.

324. Il n'en est plus ainsi quand le testament qui institue le légataire universel saisi est olographe, ou dans la forme mystique. Le légataire universel devra alors se faire envoyer en possession ; mais la loi prescrit certaines formalités préalables pour assurer la conservation du testament :

Art. 1007. Tout testament olographe sera, avant d'être mis à exécution, présenté au président du tribunal de première instance de l'arrondissement dans lequel la succession est ouverte. Ce testament sera ouvert, s'il est cacheté. Le président dressera procès-verbal de la présentation, de l'ouverture et de l'état du testament, dont il ordonnera le dépôt entre les mains du notaire par lui commis. — Si le testament est dans la forme mystique, sa présentation, son ouverture, sa description et son dépôt, seront faits de la même manière ; mais l'ouverture ne pourra se

(1) Cass. 27 mars 1889, D. 90, 1, 255.

faire qu'en présence de ceux des notaires et des témoins, signataires de l'acte de suscription, qui se trouveront sur les lieux, ou eux appelés.

Cette disposition est générale pour tous les cas où le testament est olographe ou mystique, quelles que soient les dispositions qui y sont contenues et quelle que soit la qualité des héritiers *ab intestat*. La présentation du testament et son dépôt entre les mains d'un notaire doivent avoir lieu, même quand le légataire devra demander la délivrance à des réservataires.

La présentation du testament est faite par la personne qui a cet acte en sa possession au moment du décès du testateur, ou par le juge de paix qui l'a trouvé en apposant les scellés (art. 916, 918, C. pr. c.).

C'est au président du tribunal dans l'arrondissement duquel la succession est ouverte que le testament doit être présenté. Néanmoins comme l'observation de l'art. 1007 n'est pas prescrite à peine de nullité, il faut admettre que la présentation peut être faite par le dépositaire du testament au président du tribunal dans le ressort duquel il est domicilié (1). Mais ce président doit se borner à ordonner le dépôt du testament, sans statuer sur l'envoi en possession.

En cas de testament mystique le notaire et les témoins qui se trouvent *sur les lieux*, c'est-à-dire, à notre avis, dans la ville où siège le tribunal (2), doivent être présents ou *appelés*. La loi ne donne aucune indication sur la manière d'appeler les témoins ; le président pourrait donc exiger qu'ils soient régulièrement assignés par exploit d'huissier.

325. L'ordonnance de dépôt étant un acte de la juridiction gracieuse, posé en l'absence des parties intéressées, n'est susceptible d'appel, ni de la part du notaire qui prétendrait avoir droit à ce dépôt, ni de la part des héritiers institués (3).

(1) Demolombe, t. XXI, n° 501 ; Laurent, t. XIV, n° 16.
(2) Laurent, t. XIV, n° 20.
(3) Beltjens, *loc. cit.*, sur l'art. 1007, n° 10.

Mais la jurisprudence détruit la règle, en admettant la possibilité d'un appel quand l'ordonnance a donné lieu à des contestations devant le président, ou quand la désignation faite par ce magistrat est de nature à porter grief aux droits des parties (1), ce qui est difficile à admettre puisque cette ordonnance ne préjuge rien et laisse intacts les droits de tous. Mais l'appel serait recevable pour incompétence du président. Dans aucun cas l'appel ne pourrait être dirigé contre le notaire qui a reçu le dépôt; l'appelant devrait se pourvoir devant la Cour par voie de requête (2).

326. Le dépôt (3) du testament olographe ou mystique ne change pas le caractère de l'acte déposé, et ne le transforme pas en titre exécutoire autorisant le légataire universel à se mettre lui-même en possession, même quand il a la saisine.

En conséquence :

ART. 1008. Dans le cas de l'article 1006, si le testament est olographe ou mystique, le légataire universel sera tenu de se faire envoyer en possession, par une ordonnance du président, mise au bas d'une requête à laquelle sera joint l'acte de dépôt.

Cette disposition est spéciale au légataire universel, qui vient seul et en cette qualité, appréhender les biens de la succession.

Celui qui réunit sur sa tête la double qualité d'héritier à réserve, un ascendant par exemple, et de légataire universel, institué par un testament olographe, n'est point tenu de se faire envoyer en possession de la quotité disponible dans les termes de l'article précédent (4). En effet, il a déjà la saisine légale sur l'hérédité entière, et par là même il est en posses-

(1) Paris, 10 juill. 1886, S. 86, 2, 211 ; Voy. Bordeaux, 23 juin 1885, D. 86, 2, 197; Aix, 29 août 1883, D. 84, 2, 68; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 591.

(2) Liège, 28 avr. 1860, *Pas.*, 60, 2, 262.

(3) L'acte de dépôt est soumis au droit fixe de 3 fr. (L. 28 fév. 1872, art. 4).

(4) Cass. 25 mars 1889, D. 90, 1, 117, et la note.

sion, et la loi ne distingue pas entre la possession de droit et la possession de fait pour les conséquences qu'elle attache à la saisine dont elle investit l'héritier réservataire.

Par la même raison, si le testateur laisse à la fois des héritiers réservataires et des héritiers non réservataires, par exemple son père et un frère, ou bien un ascendant dans une ligne et des collatéraux dans l'autre ligne, il ne faudra pas considérer les réservataires comme simplement saisis de leur réserve, et le légataire universel comme saisi de la quotité disponible. Les héritiers réservataires sont en réalité saisis de toute l'hérédité, et le légataire universel doit leur demander la délivrance (1). Le légataire universel n'est en effet saisi que *lorsqu'il n'y a pas d'héritiers à réserve* (art. 1006).

Le testateur ne pourrait dispenser le légataire universel institué par testament olographe ou mystique de demander l'envoi en possession, car ce serait porter atteinte aux effets de la saisine légale. Mais après le décès du testateur les héritiers légitimes peuvent dispenser le légataire de demander cet envoi en possession; il suffira pour cela qu'ils reconnaissent l'écriture du testament olographe, et y attachent ainsi la vertu et la force probante de l'authenticité.

327. Le président du tribunal du lieu de l'ouverture de la succession est seul compétent pour statuer sur l'envoi en possession. Il statue par une ordonnance mise au bas de la requête qui lui est présentée soit par le légataire universel, soit par ses héritiers s'il est décédé lui-même.

Si le dépôt du testament a été prescrit par le président d'un tribunal autre que celui du lieu de l'ouverture de la succession, la demande d'envoi en possession sera régulièrement faite en produisant simplement une expédition du testament déposé.

(1) DEMOLOMBE, t. XXI, n° 565; LAURENT, t. XIV, n° 6; *Contrà*, MARCADÉ, sur l'art. 1004.

L'ordonnance rendue sur requête par le président, soit qu'il accorde ou qu'il refuse l'envoi en possession, est toujours un acte de juridiction gracieuse, et par conséquent non susceptible d'opposition ni d'appel (1), sauf les cas d'incompétence (2).

Telle est la décision qui paraît prévaloir aujourd'hui en jurisprudence, et qui est seule conforme aux principes, car le président ne juge et ne préjuge rien. Cependant la question est controversée; certains arrêts portent au contraire que la décision du président dérive de la juridiction contentieuse et est toujours susceptible d'appel (3); d'autres admettent la recevabilité de l'appel suivant les circonstances de la cause, ou les conséquences de la décision elle-même (4) notamment en cas de refus d'envoi en possession (5). Il faut reconnaître en effet que, dans le système qui a prévalu sur les effets de l'envoi en possession, l'ordonnance du président ayant pour résultat d'intervertir la situation des intéressés au point de vue de la preuve quand le testament est contesté (Voy. ci-dessus, nº 369), il n'est plus exact de prétendre que l'envoi en possession ou le refus de cet envoi ne cause aucun grief aux parties. Voilà comment une première dérogation aux principes en entraîne toujours d'autres difficiles à justifier.

Quoi qu'il en soit, la demande d'envoi en possession ne saurait être portée devant le président siégeant comme juge des référés (6), et si, comme nous le pensons, l'ordonnance sollicitée est toujours un acte de la juridiction gracieuse, il ne

(1) Paris, 26 mars 1892, D. 92, 2, 245; Dijon, 14 nov. 1890, D. 92, 2, 49, et la note de M. Glasson.

(2) Riom, 29 nov. 1879, D. 81, 2, 69.

(3) Nancy, 19 mai 1883, D. 84, 2, 67; Paris, 26 mars 1884, D. 85, 2, 158.

(4) Aix, 29 août 1883, D. 84, 2, 68.

(5) Amiens, 9 juill. 1889, S. 90, 2, 140.

(6) Gand, 22 juill. 1865, *Pas.*, 65, 2, 278; Comp. Espinasse, *Revue critique*, 1876, p. 561.

saurait dépendre du légataire universel de la transformer en décision contentieuse en procédant par voie d'assignation au lieu d'agir par voie de requête (1).

S'il s'agit du testament d'un étranger qui soit soumis aux formalités de l'envoi en possession, l'exécution en France de l'ordonnance du juge étranger accordant cet envoi au légataire universel, est subordonnée à l'*exequatur* préalable du juge français (2).

Quand il s'agit du testament d'un Français décédé en pays étranger, c'est au président du tribunal du lieu de l'ouverture de la succession en France que doit être présenté le testament olographe, et non au président du tribunal dans le ressort duquel le défunt avait sa résidence à l'étranger (3). Mais le juge français serait-il compétent pour ordonner le dépôt chez un notaire du testament olographe d'un étranger non domicilié décédé en France? On pourrait soutenir l'affirmative, en considérant le dépôt comme une mesure de sûreté dont les étrangers peuvent bénéficier (Voy. t. Ier, nº 111) (4).

328. Examinons maintenant quelle est la condition du légataire universel et même du légataire à titre universel, vis-à-vis des créanciers de la succession et des autres légataires.

Vis-à-vis des créanciers de la succession, deux hypothèses doivent être successivement envisagées :

Si le légataire universel n'est pas en concours avec un héritier réservataire, il est tenu *ultra vires* de toutes les dettes et charges de la succession à moins qu'il n'ait accepté sous bénéfice d'inventaire (5).

(1) Glasson, note précitée ; *Contrà*, Poitiers, 17 mars 1880, D. 82, 2, 36 ; 29 juill. 1878, D. 79, 2, 75 ; Comp. Paris, 26 mars 1884, D. 85, 2, 158.

(2) Paris, 2 fév. 1860, D. 74, 5, 305.

(3) Trib. Charleroi, 12 mars 1883, *Pas.*, 83, 3, 204.

(4) *Contrà*, Bruxelles, 22 mars 1869, *Pas.*, 70, 2, 176.

(5) Aubry et Rau, § 723 ; Demolombe, t. XX, nº 117 ; XXII, nºs 37,

L'art. 871 qui affirme le principe pour le légataire universel, présente la même formule avec le même sens que l'article 870, affirmant le même principe pour les héritiers. Il est inouï qu'on ait osé prétendre que dans l'art. 871 les mots : *au prorata de son émolument*, signifient : *à concurrence de son émolument.*

Le légataire universel (ou à titre universel) est également tenu *ultra vires* d'acquitter les legs particuliers, car il remplace un héritier. Or : « Les termes mêmes des art. 724 et 873 qui imposent à l'héritier pur et simple l'obligation d'acquitter, le premier toutes les charges, le deuxième les dettes et charges de la succession comprennent évidemment les legs sous cette appellation de charges (1). » (Voy. t. V, n° 208).

329. Les solutions qui précèdent doivent-elles être encore adoptées dans l'hypothèse où le légataire universel (ou à titre universel) se trouve en présence d'un réservataire ?

ART. 1009. Le légataire universel qui se trouve en concours avec un héritier auquel la loi réserve une quotité des biens, sera tenu des dettes et charges de la succession du testateur, personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout ; et il sera tenu d'acquitter tous les legs, sauf le cas de réduction, ainsi qu'il est expliqué aux art. 926 et 927 (*).

Donc si le légataire universel est nanti d'un immeuble hypothéqué au paiement de la dette, il sera tenu pour le tout ; dans le cas contraire il sera seulement tenu pour sa part et portion, mais dans cette mesure, il sera tenu *personnellement*, c'est-à-dire comme s'il s'agissait d'une obligation *née dans sa personne*, et par conséquent *ultra vires*. Cette opinion est définitivement entrée dans la pratique depuis l'arrêt de cassation du 13 août 1851 (2) ; elle est encore théorique-

38 ; COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 148 *bis* III ; LAURENT, t. XIV, n° 100 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 593.

(*) Art. 1009. — L. 128, D. 50, 17, *De div. reg. juris.*

(1) Angers, 1er mai 1867, D. 67, 2, 85 ; DEMOLOMBE, t. XXI, n° 521 ; LAURENT, t. XIV, n° 109, etc.

(2) Cass. 13 août 1851, D. 51, 1, 281 ; Voy. D. *Répert.*, *Suppl.*, v° *Disposit.*, n° 935 ; DEMOLOMBE, t. XXI, nos 573 et 574.

ment combattue par Aubry et Rau et M. Laurent sur le fondement principal que le légataire universel, quand il n'a pas la saisine, n'est pas le continuateur de la personne du défunt (1). Mais cette idée de continuation ou non continuation de la personne sert plutôt à compliquer qu'à élucider une difficulté (Voy. t. V, n° 159). Le legs universel n'est rien autre chose que le legs de l'actif à la charge de supporter le passif, l'actif et le passif étant considérés dans leur ensemble et sans limitation ou restriction d'aucune sorte ; c'est, pour le légataire, à prendre ou à laisser (2).

En ce qui concerne les legs, la position du légataire universel vis-à-vis des légataires est réglée par la déclaration finale de l'art. 1009.

Le légataire universel se trouvant en concours avec des réservataires, et la réserve devant demeurer intacte, il en résulte que les legs doivent être payés sur la quotité disponible qui reste au légataire universel, ce qui revient à constater que le légataire universel *est tenu d'acquitter tous les legs*, comme le dit l'art. 1009.

Mais doit-il les payer *tous* en *totalité ?*

Comme le dit Demolombe, le légataire universel est tenu d'acquitter tous les legs, lors même qu'ils épuiseraient la totalité des biens du testateur, et qu'il se trouverait réduit au simple rôle d'exécuteur testamentaire. Il faut même aller plus loin et décider que le légataire universel est tenu des legs, même *ultra vires*, comme des dettes, s'il n'a pas accepté sous bénéfice d'inventaire (3). Mais ce point fait l'objet d'une controverse dont nous avons eu occasion d'indiquer les éléments. Nous nous bornerons à faire remarquer que l'article 1009 en déclarant que le légataire universel est *tenu de*

(1) Aubry et Rau, § 723, texte et notes 5 et 6 ; Laurent, t. XIV, n° 101.

(2) Voy. Mongin, *Revue critique*, 1888, p. 222.

(3) Demolombe, t. XXI, n°s 571 et 572 et les renvois.

payer tous les legs emploie les mêmes expressions que celles par lesquelles il lui impose l'obligation de payer les dettes de la succession (Voy. *infrà*, n° 342).

Si le légataire universel accepte sous bénéfice d'inventaire, l'hérédité sera le gage des créanciers et des légataires du défunt. Si les biens ne suffisent pas, après le paiement des créanciers, pour acquitter tous les legs, les legs seront réduits proportionnellement entre tous les légataires sans distinction, quand ils ont été faits sous forme de charges (1).

SECTION V.

Du legs à titre universel.

330. — Nature du legs à titre universel, art. 1010; applications diverses.
331. — Délivrance du legs à titre universel, art. 1011 ; formes et effets de la demande en délivrance.
332. — Condition du légataire universel quant aux dettes et charges, art. 1012;
333. — Spécialement en ce qui concerne les legs particuliers, art. 1013.

330. Rationnellement, il importe peu que le testateur appelle un légataire à recueillir l'universalité de la succession, ou seulement une quote-part de cette universalité. Les règles applicables à la première hypothèse semblent devoir être également applicables à la seconde. Mais comme le législateur n'a voulu accorder la saisine qu'au légataire appelé à recueillir l'universalité entière, dans le cas de l'art. 1006, il a fallu créer une catégorie nouvelle pour les legs d'une quote-part de l'universalité sous la dénomination de legs à titre universel.

Le legs à titre universel a la même nature juridique que le legs universel. Or ce dernier legs contient une vocation

(1) Voy. LAURENT, t. XIV, n°s 121 à 124.

éventuelle à la propriété de tous les biens; donc le legs à titre universel est celui qui contient une vocation éventuelle à la propriété d'une quote-part de ces mêmes biens. Tel est le sens de la loi :

ART. 1010. Le legs à titre universel est celui par lequel le testateur lègue une quote-part des biens dont la loi lui permet de disposer, telle qu'une moitié, un tiers, ou tous ses immeubles, ou tout son mobilier, ou une quotité fixe de tous ses immeubles ou de tout son mobilier. — Tout autre legs ne forme qu'une disposition à titre particulier (*).

Il n'y a pas à attacher d'importance à la formule : quote-part des biens *dont la loi permet de disposer;* le legs serait toujours à titre universel quand même il porterait sur la propriété d'une quote-part de tous les biens. Pour savoir si un legs est à titre universel ou particulier il faudra considérer, non le résultat final, mais la nature de la vocation. Si les termes employés laissent quelques doutes, il faudra rechercher l'intention probable du testateur (1).

Dans toutes les hypothèses prévues par le texte, il y a vocation à la propriété d'une quote-part de l'universalité, car le testateur avait la faculté de considérer ses immeubles ou son mobilier *per modum universitatis*, comme formant un ensemble particulier dans la masse de son patrimoine au moment de son décès.

Il importe peu que le legs d'une telle quote-part ait pour objet la pleine propriété, ou seulement la nue-propriété (2), il est certain en effet que la pleine propriété doit être forcément reconstituée un jour par suite de l'extinction de l'usufruit. Mais de ce qui précède il résulte que ce legs a nécessairement pour objet, et ne peut avoir pour objet qu'une quote-part de propriété.

Quant au legs de l'usufruit de tous les biens du testateur, ou d'une quote-part de ces biens, il est forcément exclusif de

(*) Art. 1010. — L. 35 § 2, D. 28, 5, *De hæred. inst.*
(1) Cass. 7 juill. 1880, D. 82, 1, 55.
(2) Cass. 3 déc. 1872, D. 73, 1, 233.

toute vocation à l'universalité ou à une quote-part de cette universalité, puisqu'il laissera toujours en dehors la propriété elle-même. C'est donc forcément un legs particulier comme le reconnaissent à peu près tous les auteurs et un grand nombre d'arrêts de Cour d'appel (1). Cependant la Cour de cassation persiste à y voir un legs à titre universel. Mais la Cour suprême n'a jamais dit ni pu dire pourquoi. Dans le dernier arrêt rendu sur la question, elle se borne à affirmer que « l'usufruit légué sur tous les biens meubles et immeubles de la succession constitue un legs à titre universel (2)..... »

Si une Cour d'appel s'était ainsi exprimée, son arrêt aurait été annulé pour défaut de motifs!

Le legs à titre universel peut être fait soit directement, soit sous forme de charge imposée à une autre disposition universelle ou à titre universel. Ainsi la disposition testamentaire qui charge un légataire à titre universel de payer à un autre légataire une certaine fraction des valeurs comprises dans son legs, constitue elle-même un legs à titre universel au profit de cet autre légataire; c'est en effet un legs de quotité (3). Par conséquent cet autre légataire aura qualité pour attaquer les donations entre-vifs faites par le testateur, comme étant, par exemple, le résultat de la captation, l'annulation de ces donations devant grossir sa quote-part dans la succession (4).

331. Les légataires à titre universel n'ont jamais la saisine. C'est la principale différence qui existe entre leur condition et celle d'un légataire universel.

De là il suit que :

(1) Besançon, 18 mai 1892, D. 92, 2, 516 et la note.

(2) Cass. 31 janv. 1893, D. 93, 1, 359; comp. VAUGEOIS, *Caduc. des legs d'usuf.*, *Revue critique*, 1868, p. 404 et suiv.

(3) Cass. 27 mars 1855, D. 55, 1, 257; AUBRY et RAU, § 714.

(4) LAURENT, t. XIII, n° 524.

ART. 1011. Les légataires à titre universel seront tenus de demander la délivrance aux héritiers auxquels une quotité des biens est réservée par la loi ; à leur défaut, aux légataires universels ; et à défaut de ceux-ci, aux héritiers appelés dans l'ordre établi au titre *des Successions* (*).

Mais il y a d'autres hypothèses non prévues par le texte :

Quand le légataire à titre universel est en présence d'un héritier à réserve et d'un légataire universel, il devra s'adresser au légataire universel si celui-ci a déjà obtenu la délivrance, sinon il s'adressera au réservataire ;

S'il y avait des héritiers réservataires et des non-réservataires, la demande en délivrance devrait être formée contre tous, avant le partage, et contre les non-réservataires après le partage ;

En présence d'héritiers irréguliers ayant obtenu l'envoi en possession, le légataire à titre universel devra diriger contre eux sa demande en délivrance, sinon contre un curateur à la succession vacante dont il lui appartient de provoquer la nomination.

La nécessité de la délivrance est absolue, et le testateur ne saurait en affranchir le légataire (1).

Cette délivrance est volontaire ou judiciaire. Dans ce dernier cas, la demande ne peut être adressée directement au tribunal par voie de requête. Elle doit être introduite par voie d'ajournement contre celui ou ceux qui doivent la consentir d'après les distinctions qui précèdent. Cette demande n'est pas indivisible (2), et doit être dirigée contre tous ceux qui en sont tenus. Cependant, et par la force des choses, elle serait valablement dirigée contre quelques-uns seulement des héritiers, si ces héritiers étaient alors les seuls connus du légataire (3). Dans ce cas, en effet, il ne saurait être question de faire nommer un curateur.

(*) Art. 1011. — L. 2, § 2, D. 43, 3, *Quod leg.*
(1) Chambéry, 11 mars 1884, D. 85, 78.
(2) LAURENT, t. XIV, n° 55.
(3) Voy. Cass. 13 nov. 1855, D. 56, 1, 185.

La demande en délivrance comprend tout ce que le legs universel comprend lui-même. Par conséquent le légataire à titre universel de toute la quotité disponible, par exemple, sous déduction d'un legs particulier d'immeubles devenu caduc, est en droit de demander la délivrance des immeubles compris dans ce legs particulier, puisque c'est lui qui profite de la caducité (1).

Le légataire à titre universel a, comme le légataire universel, droit aux fruits, à compter du jour de l'ouverture de la succession, pourvu qu'il ait formé sa demande en délivrance dans l'année (2). Cela a été contesté par le motif que l'art. 1014 contiendrait la règle générale à laquelle il n'aurait été dérogé par l'art. 1005 que pour les legs universels (3). Mais cette affirmation est démentie par le texte de l'art. 1014 et la place qu'il occupe ; les travaux préparatoires confirment d'ailleurs cette solution (4).

Remarquons enfin que la demande en délivrance ne saurait être paralysée par une exception dilatoire tirée d'une liquidation en cours, ni de la possibilité de voir déclarer plus tard que le legs dépasse la quotité disponible ; les frais sont à la charge de la succession (5).

332. Le legs à titre universel présente, sauf l'étendue, le même caractère que le legs universel. De même que le legs universel est un legs de l'actif, à la charge de supporter le passif, de même le legs d'une quote-part de l'universalité de l'actif, doit entraîner la charge de payer une part proportionnelle du passif :

(1) Bruxelles, 28 avr. 1884, *Pas.*, 81, 2, 187.

(2) Cass. 6 avr. 1891, D. 92, 1, 279 ; Orléans, 13 avr. 1889, D. 90, 2, 84 ; Bruxelles, 28 avr. 1881, *Pas.*, 81, 2, 107.

(3) Laurent, t, XIV, n° 66.

(4) Toullier, t. V, n° 545 ; Aubry et Rau, § 720, texte et note 5 ; Demolombe, t. XXI, n° 597 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 154 *bis* II et III ; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 601.

(5) Trib. Nivelles, 3 fév. 1890, *Pas.*, 90, 3, 141.

ART. 1012. Le légataire à titre universel sera tenu, comme le légataire universel, des dettes et charges de la succession du testateur, personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout.

Il suit de là qu'il faut étendre au légataire à titre universel ce que nous avons dit du légataire universel en ce qui concerne le paiement des dettes. Le légataire à titre universel en sera donc tenu même *ultra vires* (1), sans distinction entre les dettes mobilières et les dettes immobilières. Si le legs universel a pour objet tous les immeubles ou tous les meubles ou une quote-part des immeubles ou des meubles, il faudra pour connaître la part de dettes supportée par le légataire, déterminer au moyen d'une *ventilation* la valeur comparative des biens légués et des autres biens composant la succession.

Le légataire à titre universel qui se trouverait spécialement chargé du paiement de legs particuliers ne serait pas fondé à prétendre que sa part contributoire doit être fixée d'après la quotité de biens qui lui restera, déduction faite des legs qui le grèvent, sous prétexte que l'art. 871 se sert du mot *émolument*. Il est en effet manifeste qu'une telle prétention aurait pour résultat, en augmentant la contribution des héritiers aux dettes, de les faire indirectement contribuer au paiement de ces legs particuliers, absolument comme si le testateur les avait laissés à la charge de la succession, alors qu'il a déclaré vouloir les mettre à la charge du légataire (2).

Le testateur pourrait incontestablement dispenser le légataire à titre universel de toute contribution aux dettes. Cette clause ne saurait avoir pour résultat de changer la nature du legs, car la nécessité de contribuer aux dettes est l'un des effets de la nature du legs universel, mais ne tient pas à son essence.

(1) Cass. 11 mai 1870, D. 71, 1, 141 ; Liège, 22 janv. 1885, *Pas.*, 85, 2, 76 ; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 723 ; LAURENT, t. XIV, nos 112 et suiv.

(2) AUBRY et RAU, § 723.

Remarquons enfin que l'art. 1009 pour le légataire universel, et notre art. 1012 pour le légataire à titre universel, accordent à titre de simple faculté aux créanciers de la succession, la possibilité de réclamer à ces légataires une part proportionnelle dans la dette, mais ne leur en impose pas la nécessité. Ils pourraient poursuivre uniquement les héritiers, sauf le recours de ceux-ci contre les légataires (art. 724, 873, 1220). Il est certain qu'il en est ainsi tant que la délivrance des legs n'a pas été faite. Or, il n'est pas possible que la délivrance, acte qui demeure totalement étranger aux créanciers, puisse diminuer les droits de ceux-ci.

333. En ce qui concerne la charge des legs, il faut distinguer plusieurs hypothèses :

1° Le testateur n'a pas laissé d'héritier réservataire; il a fait seulement un legs à titre universel. La charge des legs sera répartie proportionnellement entre les héritiers et le légataire à titre universel. Cela résulte implicitement de l'art. 1013 qui établit, comme nous allons le voir, une proportion, même pour le cas où il y a un réservataire;

2° Il y a un héritier réservataire, mais le testateur a disposé de toute la portion disponible à titre universel; dans ce cas, il faut adopter la solution donnée par l'art. 1009 *in fine*, pour le legs universel;

3° Dans la même situation, le testateur n'a pas épuisé la quotité disponible :

ART. 1013. Lorsque le testateur n'aura disposé que d'une quotité de la portion disponible, et qu'il l'aura fait à titre universel, ce légataire sera tenu d'acquitter les legs particuliers par contribution avec les héritiers naturels.

La question est de savoir si le réservataire doit contribuer aux legs particuliers uniquement en proportion de ce qu'il prend *dans le disponible*, ou bien s'il ne doit pas y contribuer en proportion de ce qu'il prend *dans la succession entière?* Quelques auteurs tiennent pour la première solution, attendu

que la réserve ne saurait être grevée de legs (1). Mais c'est là une équivoque; dans le cas envisagé il s'agit si peu d'entamer la réserve, que le réservataire aura toujours plus que sa réserve. Il s'agit uniquement de rechercher les bases d'une proportion. Or, comme c'est en la qualité unique d'héritier que le réservataire vient prendre sa portion, c'est sur cette portion entière que nous calculerons la part dans laquelle il doit être tenu des legs (2).

Le testateur peut d'ailleurs déroger expressément ou tacitement au mode de contribution aux legs établi par la loi.

Il faut observer qu'une institution contractuelle n'est point grevée des legs particuliers par contribution avec le légataire à titre universel des autres biens disponibles de la succession. L'irrévocabilité de l'institution s'y oppose (art. 1083).

SECTION VI.

Des legs particuliers.

§ 1er. — Effet d'un legs en général. — De la délivrance.

334. — Définition du legs particulier; applications diverses.
335. — Le légataire est déjà investi d'un certain droit, même du vivant du testateur.
336. — Ce droit devient irrévocable par le décès de ce dernier, art. 1014.
337. — De la demande en délivrance.
338. — Formes de la délivrance; règles fiscales.
339. — Ses effets; droit aux fruits, règle générale;
340. — Exceptions, art. 1015.
341. — Frais de la demande et autres, art. 1016.

334. La loi ne définit pas directement le legs particulier

(1) Marcadé, sur l'art. 1013; Colmet de Santerre, t. IV, n° 156 *bis;* Mourlon, t. II, n° 851.

(2) Aubry et Rau, § 723; Demolombe, t. XXI, n° 606; Laurent, t. XIV, n° 113; Baudry-Lacantinerie, t. II.

L'art. 1010 se borne à déclarer que toute disposition qui n'est pas un legs universel, ni un legs à titre universel *est un legs particulier*.

Cela revient à dire que le legs particulier, quelle que soit d'ailleurs la dénomination qui lui a été attribuée par le testateur, est celui qui n'appelle le bénéficiaire ni à l'universalité de la succession, ni à une quote-part de cette universalité (1). C'est donc une disposition par laquelle le testateur n'attribue au légataire que des choses particulières envisagées soit *in specie*, comme une maison, soit *in genere*, comme une somme d'argent.

Tout legs portant sur les immeubles ou sur le mobilier sera donc à titre particulier, s'il est restreint à une portion autre qu'une quotité de chacune de ces espèces de biens quoique d'ailleurs conçu en termes généraux, par exemple : la disposition de tous les meubles qui se trouvent dans telle maison, de tous les immeubles situés dans telle commune, de tous les biens compris dans une succession échue au testateur ou dans la communauté ayant existé entre lui et sa femme prédécédée, et le légataire n'est pas obligé d'attendre la liquidation pour demander la délivrance (2).

Le legs de tout le mobilier est en principe un legs à titre universel (art. 1010) ; il a cependant été jugé que, par interprétation assez arbitraire, il faut en convenir, de la volonté du testateur, un tel legs pouvait s'entendre comme portant seulement sur les meubles meublants (3).

Nous avons déjà vu que le legs de l'usufruit de tous les biens, ou d'une quote-part des biens du testateur, constitue un legs particulier.

(1) Rennes, 30 mai 1881, D. 81, 2, 215.
(2) Cass. 14 mai 1890, D. 91, 5, 323.
(3) Grenoble, 26 janv. 1873, D. 73, 2, 114.

335. Barbeyrac, dans ses notes sur Puffendorf, déclare que le légataire acquiert *quelque droit*, du vivant même du testateur, *quoique ce droit ne soit pas irrévocable et qu'il ne le devienne que quand le testateur est mort sans avoir changé de résolution. Ceux qui prétendent le contraire, ajoute-t-il, sont tombés dans cette erreur faute de bien distinguer les actes imparfaits et non consommés d'avec ceux qui sont nuls et de nul effet* (1).

Le *quelque droit* dont il s'agit existe en effet antérieurement au décès du testateur, et son *initium* remonte à la date du testament. Cela résulte de ce qu'il faut considérer l'époque de la confection du testament pour apprécier la capacité de fait du donateur (Voy. ci-dessus, n° 116); et de ce que les dispositions testamentaires demeurent efficaces, si le testateur perd ensuite l'usage de ses facultés intellectuelles et ne l'a pas recouvré quand il décède.

Ce droit, ou plutôt cette expectative, n'est tenu en échec que par la faculté de révocation appartenant au testateur; c'est uniquement l'exercice possible de cette faculté qui empêche le légataire de se prévaloir du legs avant la mort du testateur.

Donc si, du vivant même du testateur, il apparaît que l'exercice de la faculté de révoquer le legs est devenu impossible, l'expectative du légataire prend assez de consistance pour servir de base à une action; ainsi :

1° Dans le cas de présomption d'absence du testateur, les légataires sont au nombre des intéressés ayant, d'après l'art. 112, le droit de provoquer les mesures jugées nécessaires (Voy. t. Ier, n° 399 6°);

2° Quand le testateur a été interdit pour cause d'insanité mentale, si ceux qui administrent son patrimoine prennent des mesures dans le but de rendre le testament inefficace, les

(1) *Droit de la nat. et des gens* (1734), t. I, p. 663.

légataires peuvent intervenir pour déjouer de telles manœuvres (1) (Voy. *infrà*, n° 493 2°).

Mais cela n'empêche pas que le légataire n'ait toujours qu'une simple expectative que peut anéantir par une révocation le présumé absent s'il est de retour, ou l'interdit s'il a recouvré sa capacité. Donc le législateur pourrait par une loi nouvelle édicter des conditions ou restrictions faisant disparaître indirectement les expectatives résultant d'un testament (2) (Voy. t. Ier, n° 85).

C'est seulement quand le testateur est décédé sans avoir révoqué son testament, que l'expectative révocable du légataire se transforme en un droit *irrévocable*, sinon *définitif*, car il peut résulter du legs soit un droit pur et simple, actuellement réalisable, soit un droit conditionnel, suivant la formule intentionnellement employée par le testateur.

336. La loi s'occupe d'abord des legs purs et simples.

Pour les legs particuliers comme pour les autres d'ailleurs, il faut se demander comment s'ouvre le droit qui en dérive, et de quelle manière le légataire en sera mis en possession :

ART. 1014. Tout legs pur et simple donnera au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayants-cause. — Néanmoins le légataire particulier ne pourra se mettre en possession de la chose léguée, ni en prétendre les fruits ou intérêts, qu'à compter du jour de sa demande en délivrance, formée suivant l'ordre établi par l'art. 1011, ou du jour auquel cette délivrance lui aurait été volontairement consentie (*).

Le *droit à la chose léguée*, dont parle le texte, sera un droit réel, si le legs porte sur une chose corporelle individuellement déterminée, ou un droit de créance si le legs porte

(*) Art. 1014. — L. 80, D. 31, 1, *De leg.*, 2°; L. 64, D. 47, 2, *De furtis*; L. 3, 21, D. 36, 2, *Quando dies leg.*

(1) Angers, 29 mars 1838; DALLOZ, *Jurisp. gén.*, v° *Tierce-oppos.*, n° 175, v° *Disposit. entre-vifs*, n° 217; MASSOL, sur *la règle catonienne*, *Recueil de l'Acad. de législ. de Toulouse*, 1875, p. 107.

(2) *Contrà*, MASSOL, *loc. cit.*, p. 69, note 1.

sur une chose déterminée seulement quant à son genre.

Ce droit est définitivement fixé sur la tête du légataire dès le décès du testateur, pourvu qu'il ne soit pas conditionnel, et il devient immédiatement transmissible aux héritiers du légataire, pourvu que sa nature juridique ne s'y oppose pas, comme dans le cas d'un legs d'usufruit.

La transmission aura lieu quand même le légataire viendrait à décéder avant d'avoir recueilli le legs, avant de l'avoir accepté, et même avant d'en avoir eu connaissance. Il en sera ainsi même pour les legs à terme (art. 1041). Si le legs est soumis à une condition, le droit n'est acquis et transmissible qu'à l'arrivée de la condition, et le légataire devra non seulement avoir survécu au testateur, mais encore exister à cette époque.

337. Mais le légataire particulier n'ayant jamais la saisine, ne peut se mettre lui-même en possession; il doit obtenir la délivrance, sans pouvoir en être dispensé par le testateur (1) même quand il n'y a pas d'héritier à réserve (2). Le testateur ne pouvant faire indirectement ce qu'il ne pourrait faire directement, il faut décider que le sous-legs dont se trouve grevé, sous forme de charge, un autre legs, universel ou même particulier, est soumis à la nécessité d'une demande en délivrance (3). On admet cependant que la clause de dispense pourrait avoir pour effet de donner au légataire droit aux fruits et intérêts à partir du jour du décès, si telle avait été l'intention du testateur.

Tous les legs sans distinction sont soumis à la nécessité d'une demande en délivrance, puisque l'héritier peut les contester tous. On soutient cependant qu'une demande spéciale

(1) Chambéry, 11 mars 1884, D. 85, 2, 78.

(2) *Contrà*, Toullier, t. V, n° 540.

(3) Aubry et Rau, § 718; Demolombe, t. XXI, n°s 625 et suiv.; *Contrà*, Grenoble, 7 mai 1872, D. *Répert.*, *Suppl.*, v° *Disposit.*, n° 968, note 1.

en délivrance ne paraît pas nécessaire lorsqu'il s'agit d'un legs de libération (1), ou lorsqu'au jour de l'ouverture de la succession, le légataire se trouve en possession de la chose léguée, à titre, par exemple, de dépositaire ou de locataire. Dans cette hypothèse, le testament fournit au légataire une exception péremptoire, et on peut dire que la demande en délivrance se produit par voie d'exception (2), mais il faudrait une véritable demande pour avoir droit aux fruits. On admet encore que l'héritier à réserve, gratifié d'un legs particulier, ayant déjà, en vertu de la saisine, la possession légale de l'objet légué, n'est pas tenu de former de ce chef une demande en délivrance qui semblerait devoir être dirigée contre lui-même (3).

La demande en délivrance doit toujours être portée devant le tribunal civil dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte (4), quand même le montant des legs serait inférieur ou égal au chiffre de la compétence des juges de paix (5).

La demande est dirigée contre les personnes indiquées en l'art. 1011, et se prescrit par trente ans à partir du décès du testateur.

338. La délivrance volontaire dont parle l'art. 1014 *in fine* peut être expresse ou tacite (6). La délivrance tacite résulte notamment de l'exécution volontaire du legs (7). Cette exécution volontaire implique renonciation par l'héritier à se prévaloir des causes de nullité existant contre le testament, et

(1) Cass. belge, 6 mars 1879, *Pas.*, 79, 1, 170.

(2) Voy. LAURENT, t. XIV, n°s 44 et 46.

(3) Montpellier, 23 mai 1858, D. 60, 2, 38.

(4) BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 604.

(5) DALLOZ, *Répert.*, *Suppl.*, v° *Disposit.*, n° 974; *Contrà*, CHAUVEAU-CARRÉ, q. 262, 15°.

(6) Trib. Charleroi, 19 juill. 1882, *Pas.*, 84, 3, 16.

(7) Liège, 7 mai 1885, *Pas.*, 85, 2, 349; Voy. LAURENT, t. XIV, n°s 57 et 58.

dont il aurait eu connaissance au moment de la délivrance (1).

Les délivrances de legs sont aujourd'hui soumises au droit gradué institué par la loi du 28 février 1872 (art. 1, n° 6), dont nous avons déjà indiqué les bases à propos des partages (Voy. t. V, n° 439 2°).

Il résulte des explications données au cours de la discussion de cette loi que l'on a entendu assujettir au droit gradué, sous la dénomination de *délivrance de legs*, tout acte consistant, quel que soit le nom qu'on lui donne, à faire passer la possession effective des mains du légataire universel ou de l'héritier, dans celles du légataire désigné par le testament; par exemple sur l'acte qualifié de consentement à l'exécution du testament (2).

Si la délivrance est suivie d'un partage par acte distinct, il est dû un second droit gradué. Si le même acte porte délivrance de plusieurs legs distincts, il est dû un droit gradué particulier pour chacun des legs. Mais lorsqu'un legs principal est grevé de legs secondaires de sommes, il y a lieu de déduire le montant de la valeur de ces charges du legs principal pour le calcul du droit gradué sur la délivrance de ce legs.

339. La délivrance a pour résultat d'autoriser le légataire à prendre possession effective de son legs, et à exercer toutes actions personnelles et réelles contre les débiteurs ou détenteurs des objets compris dans son legs.

Le légataire à titre universel a droit aux fruits et intérêts seulement à partir du jour de la délivrance volontairement consentie, ou du jour de la demande en justice; la délivrance n'ayant pas, quant à lui, effet rétroactif au jour du décès (3).

Donc, jusqu'à la demande en délivrance, ou jusqu'à la

(1) Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 604.
(2) Voy. Amiaud, *loc. cit.*, v° *Délivrance de legs*, n°s 32 et suiv.
(3) Orléans, 13 avr. 1889, D. 90, 2, 84.

délivrance volontairement consentie, l'héritier du sang investi de la saisine légale et ayant, à ce titre, la jouissance de biens qu'il sait appartenir au légataire, sera assimilé plutôt à un usufruitier qu'à un possesseur de bonne foi, et par conséquent ne peut prétendre qu'aux produits auxquels un usufruitier aurait droit (1). Il gagnera donc les fruits naturels perçus et les fruits civils échus avant la demande en délivrance.

L'application de cette règle fait du gain des fruits une véritable chance. L'héritier saisi peut gagner tous les fruits des biens légués, bien que sa saisine n'ait duré que trois mois, comme il peut n'en gagner aucun s'il n'y a que des fruits naturels pendants par branches ou par racines au moment de la délivrance (2).

Nonobstant la restriction résultant de l'art. 1014, le légataire pourrait obtenir, à titre de dommages-intérêts, tout ou partie des fruits échus avant sa demande en délivrance, s'il avait été empêché de la former par le dol de l'héritier qui, connaissant l'existence du testament, l'aurait intentionnellement cachée au légataire.

340. La règle de l'art. 1014, quant aux fruits, ne comporte que les deux exceptions suivantes :

ART. 1015. Les intérêts ou fruits de la chose léguée courront au profit du légataire, dès le jour du décès, et sans qu'il ait formé sa demande en justice, — 1° Lorsque le testateur aura expressément déclaré sa volonté, à cet égard, dans le testament ; — 2° Lorsqu'une rente viagère ou une pension aura été léguée à titre d'aliments (*).

La volonté du testateur doit formellement être exprimée dans le testament lui-même qui contient la libéralité ou dans un testament postérieur. Tout autre acte émanant du testa-

(*) Art. 1015. — L. 47, D. 30, 1, *De leg.*, 1° ; L. 10, § 1 ; L. 18, § 1, D. 34, 1, *De alim. leg.*

(1) AUBRY et RAU, § 20 texte et note 29, § 230 ; LAURENT, t. XIV, n° 75 ; Cass. 21 août 1871, D. 71, 1, 213 ; Nancy, 24 juill. 1866, D. 70, 2, 169 ; *Contrà*, DUBOIS, sur l'arrêt précité ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 605.

(2) LAURENT, t. XIV, n° 75.

teur mais n'ayant pas les caractères d'un testament, une lettre par exemple, ne pourrait servir à démontrer l'intention de faire courir les intérêts au profit du légataire, à partir du jour du décès. Il appartient d'ailleurs aux juges du fait de dégager cette intention des diverses clauses du testament.

Le légataire qui est en possession de la chose léguée au moment du décès du testateur n'est pas dispensé de demander la délivrance pour avoir droit aux fruits. S'il était locataire, il devrait son loyer jusqu'à ce qu'il eût demandé ou obtenu la délivrance, quand même l'objet du legs serait l'usufruit de la chose même.

Quand il s'agit de la seconde exception, il faut tout à la fois que le legs soit d'une rente viagère ou d'une pension, et que ce legs soit fait à titre d'aliments.

Si le service de la pension doit être assuré par un placement en rentes sur l'Etat, et si ce placement a été fait en rentes 5 0/0 par l'héritier, le légataire est en droit de se faire garantir contre une diminution de ses revenus provenant d'une conversion à un taux inférieur des rentes 5 0/0 (1).

L'art. 1015 est applicable au legs universel.

341. Voyons maintenant à la charge de qui doivent demeurer les frais de la demande en délivrance et autres dépenses accessoires qui sont une conséquence d'un legs, quel que soit d'ailleurs le caractère de ce legs.

ART. 1016. Les frais de la demande en délivrance seront à la charge de la succession, sans néanmoins qu'il puisse en résulter de réduction de la réserve légale. — Les droits d'enregistrement seront dus par le légataire. — Le tout, s'il n'en a été autrement ordonné par le testament. — Chaque legs pourra être enregistré séparément, sans que cet enregistrement puisse profiter à aucun autre qu'au légataire ou à ses ayants-cause.

Si le legs dont la délivrance est demandée portait sur la totalité de la quotité disponible, les frais devraient rester à

(1) Paris, 27 janv. 1888, S. 88, 2, 56.

la charge du légataire. La contestation soulevée sur ce point par l'héritier se trouverait nécessairement liée à la demande en délivrance et le litige prenant dès lors un caractère indéterminé, le jugement qui le terminerait serait susceptible d'appel, quel que fût d'ailleurs le chiffre des frais (1).

Si le réservataire élevait des prétentions mal fondées, causait des frais inutiles, il devrait les supporter, quand même ils entameraient la réserve. La disposition qui met les frais de la délivrance d'un legs à la charge de la succession doit, en effet, être combinée avec l'art. 130, C. proc. civ., qui veut qne toute partie qui succombe soit condamnée aux dépens (2). Mais les frais de l'acte constatant la délivrance seront toujours à la charge de la succession.

Les honoraires du dépôt du testament, afférents à son legs (3) et les droits d'enregistrement et de mutation, sont une dette personnelle du légataire; chaque legs peut être enregistré séparément. Cette dernière disposition ne concerne que les légataires particuliers; les légataires universels ou à titre universel sont tenus, en faisant enregistrer le testament, de payer tous les droits, sauf leur recours.

Le testateur pourrait statuer autrement que ne le fait l'article 1016.

§ 2. — Obligations des débiteurs de legs.

342. — Comment ils doivent les acquitter, art. 1017. De l'action personnelle appartenant aux légataires.
343. — De l'action hypothécaire.
344. — Son étendue.
345. — Comment doit être délivrée la chose léguée, art. 1018.

(1) Cass. 6 mai 1890, D. 91, 1, 85.

(2) Trib. Termonde, 10 janv. 1885, *Pas.*, 85, 3, 250; LAURENT, t. XIV, n° 61.

(3) Trib. Vienne, 5 nov. 1886 et trib. Fontainebleau, 23 juin 1887, S. 88, 2, 174; *Contrà*, trib. Arlon, 29 juill. 1883, Cl. et B., 83, 1074.

346. — Application au legs d'un immeuble, plus tard augmenté, embelli, etc., art. 1019.
347. — Cas où l'immeuble légué se trouve grevé de droits réels, art. 1020.
348. — Du legs de la chose d'autrui, art. 1021.
349. — Legs d'une chose indéterminée, art. 1022.
350. — Du legs de créance (*nominis*).
351. — Du legs de libération (*liberationis*).
352. — Du legs de sa dette (*debiti*).
353. — Du legs ordinaire fait à celui qui est créancier, art. 1023.
354. — Legs d'un fait.
355. — Legs d'un office, d'un fonds de commerce.
356. — Le légataire particulier n'est pas tenu des dettes de la succession, art. 1024.

342. Le testateur peut également régler comme il l'entend le paiement des legs. Il peut en charger un exécuteur testamentaire ; il peut aussi imposer cette obligation à ses successeurs *ab intestat*, réguliers ou irréguliers, sauf à respecter le droit des réservataires.

Si le testateur n'a rien statué sur ce point, on applique les règles suivantes :

ART. 1017. Les héritiers du testateur, ou autres débiteurs d'un legs, seront personnellement tenus de l'acquitter, chacun au prorata de la part et portion dont ils profiteront dans la succession. — Ils en seront tenus hypothécairement pour le tout, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils seront détenteurs (*).

Donc, indépendamment de l'action réelle qui lui appartient quand l'objet légué est un corps certain qui a été aliéné par l'héritier, le légataire peut se prévaloir :

1° D'une action personnelle ;

2° D'une action hypothécaire.

L'action personnelle a sa base dans un quasi-contrat consistant, pour l'héritier, dans l'acceptation de la succession, et pour tout légataire grevé d'un autre legs, dans l'acceptation de son propre legs.

(*) Art. 1017. — L. 33, 49, D. 31, 1, *De leg.*, 2° ; L. 124, 127, D. 30, 1, *De leg.*, 1° ; L. 11, § 23, 24, D. 32, 1, *De leg.*, 3°.

De là il suit qu'à l'égard des legs particuliers ayant pour objet des choses indéterminées, les héritiers ou autres débiteurs de ces legs sont tenus de les acquitter *ultra vires*, lorsqu'ils n'ont pas modifié le quasi-contrat dont il s'agit par une acceptation bénéficiaire (1).

Par conséquent l'héritier qui a accepté purement et simplement est tenu de payer les legs sur ses biens propres, quand l'actif de la succession ne suffit pas pour les acquitter intégralement. Donc, ainsi que le dit fort clairement l'article 1017, s'il y a plusieurs débiteurs du legs chacun sera tenu de l'acquitter *non pas à concurrence de son émolument dans la succession*, mais, ce qui est bien différent, *chacun au prorata de la part et portion dont ils profiteront dans la succession* (2). Nous avons indiqué ailleurs les autres motifs qui nous paraissent imposer une telle solution. (Voy. ci-dessus, n° 427). Mais il n'y a aucune solidarité entre les débiteurs d'un legs, et l'insolvabilité de l'un d'entre eux ne nuit pas aux autres (3).

343. Le second paragraphe de l'art. 1017 déclare formellement que les débiteurs d'un legs en sont tenus *hypothécairement pour le tout*, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils seront détenteurs. Cette disposition suppose, plutôt qu'elle ne l'établit formellement, l'existence d'une hypothèque légale au profit des légataires. Mais comme l'art. 2121 qui énumère les hypothèques légales, ne mentionne pas celle du légataire, certains auteurs au lieu de conclure tout simplement de ce silence que l'art. 2121 donnait une énumération incomplète, ont préféré, fort arbitrairement, ne pas tenir compte des termes de l'art. 1017, et ont soutenu que les légataires n'ont d'autre hypothèque légale que celle qui résulte virtuellement du droit que leur

(1) *Contrà*, Thézard, *Revue critique*, 1876, p. 135.
(2) Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 609.
(3) Cass. 10 août 1885, D. 86, 1, 212.

donne l'art. 2111, de réclamer la séparation des patrimoines (1).

Mais l'opinion contraire, qui voit dans la disposition finale de l'art. 1017 la preuve de l'existence d'une hypothèque légale, conforme d'ailleurs aux traditions du droit romain et de l'ancien droit français, a été confirmée par la jurisprudence (2).

Cette hypothèque porte uniquement sur les biens recueillis par l'héritier dans la succession ; elle ne saurait donc atteindre ceux qu'il a reçus du *de cujus* par donation entre-vifs (3). De ce qu'elle est une hypothèque légale, il suit que son inscription n'est pas soumise à la nécessité de mentionner l'espèce et la situation des immeubles qui y sont soumis (4).

Elle engendre au profit du légataire particulier un droit de suite et un droit de préférence opposable, à partir de la date de son inscription, à tous les créanciers personnels de l'héritier, mais jamais aux créanciers de la succession, lesquels doivent être payés avant les légataires (5).

344. Voyons maintenant comment va fonctionner cette hypothèque.

La question était de savoir si l'hypothèque devait donner aux légataires le droit de poursuivre chacun des héritiers et autres débiteurs des legs hypothécairement pour la totalité des legs?

Ou bien au contraire ne devait-elle autoriser les légataires à les poursuivre hypothécairement que jusqu'à concurrence de la portion pour laquelle ils étaient personnellement tenus dans le paiement du legs? Avec cette solution, l'action hypo-

(1) Aubry et Rau, §§ 264 et 722, texte et note 24 ; G. Demante, *Revue critique*, 1854, p. 179.

(2) Duranton, t. XIX, n° 288 ; Demolombe, t. XXI, n°s 673 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 614 ; Rennes, 21 mai 1875, sous Cass. 22 janv. 1879, D. 79, 1, 121 ; Toulouse, 23 déc. 1870, D. 72, 5, 271.

(3) Aix, 9 janv. 1883, D. 83, 2, 206.

(4) Bordeaux, 5 mai 1887, D. 89, 2, 7.

(5) Bordeaux, 26 avr. 1864, D. 64, 2, 220.

thécaire n'aurait pas eu contre les héritiers et autres débiteurs du legs, plus d'étendue que l'action personnelle dont ils étaient tenus.

Le Code civil a tranché dans le premier sens la controverse qui s'était élevée sur ce point dans l'ancien droit. L'art. 1017 déclare formellement que les héritiers et autres débiteurs des legs sont tenus hypothécairement de les acquitter en totalité, et non pas seulement à concurrence de la fraction qui se trouve individuellement à leur charge.

Si, en statuant ainsi, le législateur a cru faire une application pure et simple du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, il s'est trompé, et, à ce point de vue seulement, la décision par lui adoptée peut être critiquée. Il est facile de dire en effet : « qu'on aurait dû considérer qu'il y avait là autant d'hypothèques distinctes que d'obligations personnelles ; que les unes et les autres naissent en même temps au moment du décès du testateur ; et que l'on n'aurait porté aucune atteinte au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, en reconnaissant, non pas sans doute que l'hypothèque était divisible, mais qu'il y avait autant d'hypothèques *indivisibles* qu'il y a d'obligations personnelles (1). »

Mais précisément le législateur n'a pas voulu, et avec raison, adopter une solution d'après laquelle l'action hypothécaire n'aurait pas eu, contre chacun des débiteurs du legs, plus d'étendue que l'action personnelle. Conformément à la volonté probable du testateur, il a considéré que tous les immeubles devaient constituer le gage hypothécaire indivisible du paiement d'un legs que le légataire avait envisagé dans sa totalité, et non dans son fractionnement possible et d'ailleurs hypothétique, entre ses divers héritiers ; que par l'effet d'un partage, tous les immeubles pouvant être mis

(1) Demolombe, t. XXI, nos 672 et 675 ; Baudry-Lacantinerie, t. II, no 612.

dans le lot d'un seul héritier, il eût été absurde d'obliger le légataire à attaquer le partage comme fait en fraude de ses droits, ou à le réduire à une action hypothécaire n'ayant pas plus de portée, contre l'héritier loti des immeubles, que l'action personnelle utile contre ce dernier. Les critiques dont le paragraphe final de l'art. 1017 a été l'objet n'ont donc aucune base sérieuse.

L'hypothèque légale résultant de l'art. 1017 s'éteint aussitôt que, par l'effet de la liquidation et du partage de la succession, une somme quelconque a été attribuée au légataire pour le remploi de ses droits; elle ne persiste pas pour assurer au légataire le paiement de cette somme demeurée entre les mains de l'héritier (1), il s'est produit une sorte de novation.

A plus forte raison l'hypothèque légale est-elle éteinte par la délivrance du legs ou de la chose léguée.

345. Quand il s'agit d'un corps certain

ART. 1018. La chose léguée sera délivrée avec les accessoires nécessaires, et dans l'état où elle se trouvera au jour du décès du donateur (*).

Les accessoires nécessaires de la chose léguée sont tout ce qui est indispensable pour que cette chose serve à l'usage auquel elle est destinée, ou pour que celui à qui elle est attribuée puisse faire valoir son droit.

Le légataire recevra la chose dans l'état où elle se trouvera au jour du décès du testateur, c'est-à-dire qu'il profitera ou souffrira des changements quelconques survenus à la chose entre la date du testament et celle du décès du testateur. Mais l'art. 1018 ne concerne pas les changements survenus entre le jour de ce décès et celui de la délivrance, changements pour lesquels il faut suivre les règles applicables aux dettes de corps certain.

Par conséquent, si la chose léguée n'a pas péri totalement

(*) Art. 1018. — L. 116 § 4, D. 30, 1, *De leg.*, 1°; L. 35 § 3; L. 52 § *ult.*; L. 100 § 3; L. 102 § 3, D. 32, 1, *De leg.*, 3°.

(1) Cass. 9 août 1882, D. 83, 1, 134.

avant le décès du testateur, le légataire doit recevoir tout ce qui en reste. Mais si l'immeuble a été incendié, du vivant du testateur ou après son décès, le légataire n'a pas droit à l'indemnité due par suite de l'assurance de cet immeuble. La loi du 19 février 1889 n'est en effet attributive de l'indemnité qu'en faveur des créanciers privilégiés ou hypothécaires. Il faut donc appliquer les principes généraux. Si l'incendie a eu lieu du vivant du testateur, l'indemnité ne peut être considérée comme représentant la chose. Si l'incendie a eu lieu depuis le décès, le légataire particulier qui ne succède pas aux créances résultant de contrats passés par le défunt, n'a pas qualité pour réclamer l'indemnité.

Si l'immeuble légué a été exproprié pour cause d'utilité publique, il faut distinguer :

Si l'expropriation a été consommée du vivant du testateur, le legs devient caduc faute d'objet, la chose ayant cessé d'être dans le commerce avant le décès (art. 1042), l'indemnité reviendra aux héritiers ou au légataire du mobilier.

Mais il peut arriver que le testateur décède dans l'intervalle qui s'écoule entre le jugement déclaratif de l'utilité publique et la fixation de l'indemnité. En ce cas la vente forcée est définitivement régularisée pour le compte du légataire qui aura droit à l'indemnité.

346. La loi fait encore d'autres applications du principe que l'objet légué doit être délivré avec ses accessoires.

Ainsi ;

ART. 1019. Lorsque celui qui a légué la propriété d'un immeuble, l'a ensuite augmentée par des acquisitions, ces acquisitions, fussent-elles contiguës, ne seront pas censées, sans une nouvelle disposition, faire partie du legs. — Il en sera autrement des embellissements, ou des constructions nouvelles faites sur le fonds légué, ou d'un enclos dont le testateur aurait augmenté l'enceinte (*).

Il n'y a pas de difficulté pour les embellissements propre-

(*) Art. 1019. L. 26, 34, 79 § 2, 88 § 3, D. 32, 1, *De leg.*, 3°.

ment dits. Les constructions dont parle le texte ne sont pas des constructions *nouvelles* par opposition à des constructions préexistantes s'élevant déjà sur le terrain légué, mais toutes les constructions *nouvellement faites*, c'est-à-dire depuis la confection du testament, même sur un terrain non bâti à cette époque. Ces constructions sont toujours un accessoire du fonds (art. 552), et on ne saurait prétendre que, dans l'intention du testateur, le terrain qui a été recouvert de constructions doit être assimilé, par application de l'art. 1043, à une chose ayant cessé d'exister (1). Le légataire profiterait des constructions, alors même que les dépenses qu'elles auraient occasionnées ne seraient pas encore payées. Ces dépenses constitueraient une dette à la charge de la succession.

Si le testateur a augmenté l'enceinte d'un enclos légué, qu'il s'agisse d'un héritage rural ou d'un fonds bâti, le légataire profite naturellement de cette augmentation, sans qu'il soit besoin de disposition nouvelle. Il importe peu que le testateur ait réalisé une telle augmentation en élargissant l'enceinte aux dépens de terrains lui appartenant déjà, ou que, pour agrandir son enclos, il ait acheté des parcelles nouvelles. L'essentiel c'est que le tout soit renfermé dans la même enceinte. La question de savoir quand il y a enclos est une question de fait.

Si les acquisitions nouvelles, quoique contiguës à l'immeuble légué, ne sont pas renfermées avec cet immeuble, dans la même enceinte, il faudrait une nouvelle disposition pour qu'elles fussent comprises dans le legs. Cette solution ne changerait pas quand même le testateur, au lieu de jouir séparément de la chose nouvellement acquise, l'aurait en quelque sorte annexée à l'immeuble légué et possédée comme une de ses dépendances. Dans l'ancien droit on faisait dépen-

(1) POTHIER, *Des donat. testam.*, c. 6 § 2; DEMOLOMBE, t. XXI, n° 714; LAURENT, t. XIV, n° 146; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 616.

dre la décision de ce point, de l'appréciation des circonstances (1). Mais c'est précisément pour faire cesser toute incertitude à cet égard que le Code a établi une présomption contraire. Pour faire rentrer les acquisitions nouvelles dans le lot d'un immeuble, il faudra donc *une nouvelle disposition* d'après le texte de l'art. 1019. Cela ne veut pas dire, cependant, qu'un nouveau testament est toujours nécessaire. Le testateur peut, dans son testament unique, attribuer par anticipation au légataire les acquisitions qu'il fera dans la suite s'il dit, par exemple : je lègue tous les biens que je *laisserai* dans telle commune; ou encore, je lègue tel fonds, telle maison avec les augmentations que je pourrai y ajouter plus tard.

347. Il peut arriver qu'au lieu d'avoir été augmentée ou embellie, la chose léguée se trouve, au moment du décès, grevée de charges réelles plus ou moins onéreuses. Dans ce cas la loi fait une nouvelle application du principe que l'objet légué doit être délivré dans l'état où il se trouve au moment du décès du testateur :

Art. 1020. Si, avant le testament ou depuis, la chose léguée a été hypothéquée pour une dette de la succession, ou même pour la dette d'un tiers, ou si elle est grevée d'un usufruit, celui qui doit acquitter le legs n'est point tenu de la dégager, à moins qu'il n'ait été chargé de le faire par une disposition expresse du testateur (*).

Cette disposition s'applique aux servitudes passives, et généralement à tous les droits réels immobiliers. Elle a pour but d'affranchir l'héritier ou le légataire universel de l'obligation de dégrever l'immeuble de la charge qui pèse sur lui. Il ne s'agit en définitive que d'une question de délivrance. La loi décide en ce sens que celui qui doit acquitter le legs n'est pas tenu de rembourser le créancier avant l'échéance de la dette, ni même après l'échéance, si, pour une cause quelconque, le légataire détenteur n'est pas inquiété.

(*) Art. 1020. — Paul, *Sent.*, lib. 3, § 8 ; L. 85, D. 31, 1, *De leg.*, 2°.
(1) Merlin, *Répert.*, v° *Legs*, sect. IV, § 3, n° 16.

Mais il peut arriver que le légataire particulier soit poursuivi par l'action hypothécaire, et mis ainsi dans la nécessité de payer la dette dont l'immeuble doit répondre. Il aura alors son recours contre l'héritier ou contre les successeurs à titre universel ou contre le tiers dont la dette aura été payée; il sera également subrogé aux droits des créanciers désintéressés par lui.

Si l'héritier, tenu par une clause expresse de dégrever d'un usufruit la chose léguée, ne pouvait y réussir par suite du refus ou des demandes exagérées de l'usufruitier, il serait tenu de payer l'estimation au légataire.

348. Une dernière conséquence du principe que la chose léguée doit être délivrée dans l'état où elle se trouve lors du décès du testateur, c'est que si le légataire vient à être évincé, il n'a pas droit à la garantie, car il n'a pu acquérir sur la chose léguée que les droits dont le testateur était déjà investi.

Cette décision suppose que le legs a porté sur une chose déterminée n'appartenant pas au testateur, et que l'héritier, ignorant cette circonstance, a exécuté la disposition.

Il faut, en effet, pour que le legs d'une chose déterminée dans son individualité produise son effet translatif de droits, que cette chose se trouve en propriété dans le patrimoine du testateur :

ART. 1021. Lorsque le testateur aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas (*).

Ainsi se trouvent supprimées, quand le testateur ne s'est pas expliqué, les difficultés qui s'élevaient autrefois pour résoudre la question de savoir si le testateur avait ignoré ou n'avait pas ignoré que la chose léguée appartenait à autrui.

Si au contraire le testateur s'est clairement expliqué, s'il

(*) Art. 1021. — *Contrà*, GAIUS, 2, 5, § 6.

a dit, par exemple : je lègue à N... telle maison appartenant à un tiers, et je charge mon héritier d'acheter cette maison pour la livrer au légataire, et s'il ne peut y parvenir je veux qu'il paie au légataire, telle somme représentant la valeur de la maison, il ne saurait y avoir de doute sérieux et la disposition est valable.

Mais s'il a dit simplement : *je lègue à N... telle maison qui appartient à Pierre*, il est difficile de soutenir que le texte de l'art. 1021 n'annule pas une telle disposition (1).

De là il suit que pour décider si un legs porte ou non sur la chose d'autrui, il faut se placer, quoique l'art. 1021 ne le dise pas formellement, au moment même de la confection du testament, car c'est à ce moment qu'apparaît l'*initium* utile du legs (Voy. *suprà*, n° 439).

Les auteurs admettent en général qu'il faut se placer au moment du décès, et que le legs de la chose d'autrui est devenu valable si, à ce moment, le testateur en a acquis la propriété à un titre quelconque; ils considèrent que le legs a été fait sous la condition tacite : *si dominium adquisitum fuerit* (2). Nous reviendrons plus tard sur ce point (Voy. *infrà*, n° 502).

Par application des solutions qui précèdent, si la chose léguée fait partie d'une masse indivise et que l'indivision subsiste encore au décès du testateur, le droit du légataire dépendra des résultats du partage; le legs pourra donc être nul si, par l'effet du partage, la chose léguée tombe au lot d'un des cohéritiers du défunt. Mais le testateur peut prévoir un tel résultat et le corriger par une disposition formelle de son testament.

Ainsi, il a été jugé que le legs ayant pour objet un immeu-

(1) COLMET DE SANTERRE, t. IX, n° 166 *bis* IV ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 620.

(2) AUBRY et RAU, § 676, note 10.

ble dépendant d'une communauté de biens ayant existé entre une testatrice et son mari, et qui, bien que dissoute, n'était encore ni liquidée, ni partagée à la date du testament, ne peut pas être considéré comme portant directement sur la chose d'autrui; que par suite, la clause du même testament qui, prévoyant le cas où le légataire ne serait pas mis en possession de cet immeuble, lui attribue en compensation une portion des biens de la disposante, ne saurait être annulée comme constituant une stipulation pénale destinée à assurer l'exécution d'une disposition nulle. Il n'y a là qu'un legs conditionnel n'ayant rien de contraire à la loi (1).

S'il s'agissait d'un legs fait par le mari d'objets dépendant de la communauté, le légataire pourrait en vertu de l'art. 1423 réclamer soit le legs en nature, si l'objet tombait dans son lot, soit une récompense égale à sa valeur dans le cas contraire (2).

Si le testateur avait au contraire légué sa part indivise dans une succession immobilière par lui recueillie, et si l'indivision ayant cessé de son vivant, il lui avait été attribué dans le partage une somme d'argent, le legs serait devenu caduc, et le légataire ne pourrait réclamer cette somme en invoquant l'intention probable du testateur (3).

L'art. 1021 s'applique évidemment au cas où le testateur aurait prétendu disposer d'une chose appartenant à son héritier ou à tout autre débiteur du legs, mais il ne fait pas obstacle à ce que le testateur impose à cet héritier ou à un légataire, sous forme de charge ou de condition, l'obligation de donner à un tiers un bien lui appartenant, ou de le laisser comprendre dans le partage de sa succession (4). Le débi-

(1) Cass. 6 juin 1883, D. 84, 1, 33; Comp. Gand, 9 mai 1879, *Pas.*, 79, 2, 371.

(2) Cass. 14 mai 1890, D. 91, 5, 323.

(3) Liège, 7 mai 1885, *Pas.*, 85, 2, 316.

(4) Liège, 29 mars 1869, *Pas.*, 71, 2, 233.

teur du legs aura ainsi l'option entre l'acceptation de la disposition ou sa répudiation.

349. Le legs ne pourrait être considéré comme portant sur la chose d'autrui s'il avait simplement été fait d'une chose indéterminée, par exemple de denrées ou d'un cheval *in genere*, alors que le testateur n'en possédait pas; il serait néanmoins valable, de même que celui d'une somme déterminée suivi de la mention : *valeur en actions*, quoique la succession ne comprenne aucun titre de cette nature. Il ne faut voir là que l'indication d'un mode de paiement que le légataire pourrait imposer aux héritiers (1).

Dans les cas de legs d'une chose indéterminée celui qui est tenu de le délivrer doit seulement une chose de qualité moyenne;

En effet:

ART. 1022. Lorsque le legs sera d'une chose indéterminée, l'héritier ne sera pas obligé de la donner de la meilleure qualité, et il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise (*).

Il en serait autrement si le choix avait été donné au légataire par le testateur.

Si le légataire n'avait pas été rendu propriétaire de la chose livrée en exécution d'un legs de ce genre, il pourrait en réclamer une autre, car le paiement fait par l'héritier n'aurait pas été valable (arg. art. 1238).

350. Les éléments incorporels du patrimoine peuvent aussi faire l'objet d'un legs particulier. Ainsi le testateur peut disposer au profit du légataire d'une créance dont il est investi vis-à-vis d'un débiteur déterminé, *legatum nominis*. Dans ce cas le légataire est immédiatement saisi de la créance léguée (art. 1014), et devient créancier direct du débiteur à la place du testateur. Mais il ne pourra exercer les droits

(*) Art. 1022. — L. 18, § 1, D. 21, 1, *De ædil. edic.*; L. 37 pr., D. 30, 1, *De leg.*, 1°.

(1) Lyon, 25 juin 1879, D. 81, 2, 133.

attachés à cette créance qu'après avoir obtenu la délivrance de son legs. Cette délivrance peut se traduire de la part de l'héritier par une cession de la créance léguée. Il faudra, dans ce cas, appliquer à l'acte de délivrance toutes les règles de la cession. Mais au point de vue fiscal la situation doit demeurer la même, car le légataire était déjà investi de la créance en vertu du testament.

Tout cela suppose que la créance existe réellement. Si la créance ou *nomen* n'existe pas, le legs est et demeure inutile s'il est fait purement et simplement, quand même il existerait plus tard, et ce par application de la règle catonienne. Il en serait autrement si une condition avait été jointe au legs, car la règle catonienne n'a pas d'application aux legs conditionnels (Voy. *infrà*, n° 503).

Le légataire devant prendre la chose dans l'état où elle se trouve (art. 1018), n'aura aucun recours contre l'héritier si le débiteur est insolvable en tout ou en partie.

Mais la question change de face, si le testateur au lieu de léguer sa créance sur X., a dit simplement : *je lègue telle somme à prendre sur la créance que j'ai contre X.* Que faudra-t-il décider si la créance n'existe pas ou si le débiteur indiqué est insolvable? Il s'agit de ce qu'on appelait autrefois un legs par *assignat* ou *assignation*, et la question est de savoir si un tel legs est un véritable *legatum nominis*, avec assignat *limitatif*, ou si c'est un simple legs de somme avec *demonstratio* vraie ou fausse. Il faudra s'attacher uniquement à rechercher la volonté du testateur. S'il paraît qu'il a eu l'intention de léguer une créance déterminée dans la limite indiquée, on devra s'en tenir là; le légataire n'a rien à demander à l'héritier que la délivrance du legs. S'il paraît au contraire que le testateur a eu pour but principal de léguer une somme, cela prouve qu'il n'a envisagé la créance indiquée que comme un moyen destiné à rendre plus assuré le paiement du legs. Mais comme la forme du paiement marquée

par le testateur fait partie du legs, le légataire devra discuter *l'assignat démonstratif*, c'est-à-dire le débiteur sur la dette de qui le legs était assigné, avant de pouvoir agir personnellement contre l'héritier (1).

Les legs de créance au lieu de résulter d'une disposition à titre particulier peuvent aussi résulter d'une disposition plus compréhensive portant sur tous *les biens meubles*, ou tous *les droits mobiliers*, ou *les meubles*, *effets*, *crédits*, *portefeuilles*, etc. L'étendue de ces expressions sera appréciée d'après l'intention probable du testateur (2); la question de savoir si de telles formules comprennent à la fois les créances antérieures ou postérieures au testament sera aussi une question de fait.

351. Au lieu de léguer à un tiers la créance dont il est investi, le créancier peut déclarer dans son testament qu'il entend décharger son débiteur lui-même de son obligation, ou ordonner à son héritier d'affranchir quelqu'un de sa dette envers un autre (*legatum liberationis*).

L'intention de libérer le débiteur doit résulter clairement des termes de la disposition; on ne pourrait l'induire de ce que le créancier a ordonné la remise à son débiteur du gage que ce dernier avait affecté à la garantie de son obligation (arg. art. 1286).

Le legs de libération peut être fait pour n'importe quelle dette, civile ou naturelle; pour le tout ou pour partie; pour le capital ou pour les intérêts seulement, quelle que soit d'ailleurs la cause de la dette, qu'elle dérive d'un contrat ou d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit. Mais il faut que la dette existe; le legs sera nul s'il n'y a pas de dette. Il est cependant permis de léguer à une personne ce qu'elle pourra

(1) MERLIN, *loc. cit.*, n° 9.

(2) DALLOZ, *Jur. gén.*, v° *Biens*, n°s 231 et suiv.; Cass. 20 mars 1854, D. 54, 1, 187.

devoir dans l'avenir. Un tel legs étant conditionnel échappe à l'application de la règle catonienne (1).

Il n'y aura aucune difficulté si le testateur ayant dit : *je lègue à un tel ce qu'il me doit*, il est vérifié qu'il n'y a pas de dette. Mais s'il a dit : *je lègue à un tel les 1000 francs qu'il me doit*, et qu'il soit reconnu que le légataire ne doit rien, la validité du legs dépendra du point de savoir si le testateur a entendu insérer dans sa disposition une *falsa demonstratio*, ou une *falsa conditio* (2). (Comp. ci-dessus, n° 41).

Le legs de libération ne peut, par lui-même, modifier les effets ordinaires de la saisine ; l'héritier se trouve donc saisi de la créance léguée, et ne peut en être dessaisi que par une demande en délivrance (3). L'effet direct du legs de libération est donc d'attribuer de plein droit au légataire plutôt une créance aux fins de libération que la libération elle-même. C'est pour ce motif que le legs de libération ne figure pas parmi les modes d'extinction des obligations énumérés dans l'art. 1234. Le bénéficiaire d'un legs de libération se trouve dans une situation analogue à celle du légataire qui, au moment du décès du testateur, est en possession, comme locataire, de la chose à lui léguée, et qui devra cependant continuer d'en payer le loyer jusqu'à ce qu'il ait demandé ou obtenu la délivrance (Voy. ci-dessus, n° 442). Il devra lui aussi, payer les intérêts depuis le jour de l'ouverture de la succession jusqu'à la délivrance. Il ne peut en être autrement, dans les deux cas, que si le titre du légataire est interverti, et l'interversion ne peut se produire qu'avec le consentement de l'héritier (4).

(1) Massol, *sur la règle caton.*, *loc. cit.*, p. 121.

(2) Le cas est prévu dans la L. 25, D. 34, 8, *De lib. leg.*, dont le texte, évidemment altéré, a donné lieu à des corrections en sens divers, voy. Ant. Faber, *Conject.*, lib. 5, cap. 2; Cujas, 5, *Ad Afric.*, 78.

(3) Laurent, t. XIV, n° 46 ; *Contrà*, Cass. belge, 6 mars 1879, *Pas.*, 79, 1, 170.

(4) Laurent, t. XIV, n° 44.

352. Le débiteur lui-même peut vouloir jouer le rôle de testateur par rapport à la dette dont il est tenu et léguer au créancier *ce qu'il lui doit* (*legatum debiti*). Ce legs sera valable pourvu qu'il soit plus avantageux que la créance elle-même, ce qui, en pratique, aura toujours lieu dans notre droit moderne, à cause de l'intérêt qu'a le légataire à obtenir une hypothèque générale sur tous les immeubles de la succession. Ce legs procure encore au créancier, le cas échéant, une preuve écrite ou une reconnaissance de sa créance, et lui attribue une nouvelle action personnelle dont la prescription ne commence à courir qu'à compter du moment de l'exigibilité du legs.

Si, dans le cas examiné, rien n'est dû au légataire, le legs est nul. Si la dette n'existe pas, mais que le testateur ait dit: *je lègue à X... cent que je lui dois*, le legs serait valable par application de la règle que la *falsa demonstratio* ne porte aucune atteinte à la validité du legs. Le testateur a simplement voulu masquer sa libéralité.

Le legs qui se présente sous les apparences d'un *legatum debiti* peut en effet valoir soit comme tel, soit comme legs ordinaire quand il n'y a pas de dette. Dans cette hypothèse, une dette contractée plus tard ne compromettrait pas la valeur du legs. Le créancier cumulerait alors le montant du legs et de la dette.

353. C'est en effet ce qui doit arriver en principe chaque fois qu'en fait un legs s'adresse à une personne qui a déjà un droit de créance contre le testateur :

ART. 1023. Le legs fait au créancier ne sera pas censé en compensation de sa créance, ni le legs fait au domestique en compensation de ses gages (*).

Mais ce n'est là qu'une simple présomption qui cède devant la preuve d'une intention contraire de la part du testateur (1).

(*) Art. 1023. — L. 123, D. 30, 1, *De leg.*, 1° ; L. 85, D. 31, 1, *De leg.*, 2°.

(1) Pau, 14 fév. 1887, D. 88, 5, 298.

354. On dit quelquefois que le législateur peut léguer *un fait* (1). Cette locution fort inexacte signifie simplement qu'un testateur peut attribuer à un légataire une action ou droit de créance contre son héritier, pour contraindre celui-ci à exécuter une obligation mise à sa charge, consistant *in faciendo* ou *in non faciendo*, pourvu que le fait envisagé soit possible, licite, et que le légataire y ait intérêt.

355. On place encore au nombre des éléments incorporels du patrimoine susceptibles de faire l'objet d'un legs la présentation d'un successeur pour la transmission d'un office. Le legs est alors subordonné à la condition de l'agrément du chef de l'État; il ne renferme que l'indication d'un successeur, dont la désignation, sans cette disposition du testateur, appartiendrait aux héritiers (L. 28 avril 1816). Si l'investiture est refusée au successeur désigné, le legs est nul.

Le légataire sera mis en possession par la délivrance, non de l'office, mais d'une procuration *ad resignandum*, à l'effet de présenter un successeur au titulaire décédé. En cas de difficulté, les tribunaux prononceront, et pourront même décider que le jugement tiendra lieu de cette procuration.

On peut aussi léguer un fonds de commerce; l'étendue d'un tel legs sera plus ou moins compréhensive suivant les termes dont se sera servi le testateur. On peut dire cependant qu'en principe un legs de cette nature comprend la clientèle et l'achalandage, les marchandises en cours de vente, et même les créances à recouvrer, et les factures et dettes à acquitter, sauf précision contraire.

356. Le légataire particulier n'ayant aucune vocation à l'universalité ou à une quote-part de l'universalité de l'actif, doit en principe demeurer étranger au passif :

ART. 1024. Le légataire à titre particulier ne sera point tenu des dettes de la succession, sauf la réduction du legs ainsi qu'il est dit ci-dessus, et sauf l'action hypothécaire des créanciers (*).

(*) Art. 1024. — L. 7, C. 4, 16, *De hæredit. act.*

(1) Voy. LAURENT, t. XIV, nos 126, 151.

Mais de ce qu'il doit subir la réduction, il suit que les dettes de la succession peuvent l'atteindre indirectement, en ce sens que l'actif héréditaire, les dettes une fois payées, sera peut-être insuffisant pour l'exécution complète des legs, qui devront alors subir une réduction proportionnelle. Il faut faire cependant certaines précisions : Les créanciers simplement chirographaires du défunt pourront s'assurer le droit de se faire payer sur les biens de la succession avant les légataires, au moyen de la séparation des patrimoines. Il en sera de même si la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire ou si elle est devenue vacante (arg. art. 809, 814) (1). Si au contraire la confusion entre le patrimoine du défunt et celui de l'héritier n'est pas empêchée, les créanciers personnels de l'héritier, parmi lesquels sont les légataires, se trouveront sur le même pied que les créanciers héréditaires (2).

Si le légataire particulier acquitte la dette hypothécaire dont l'immeuble est grevé, il sera subrogé aux droits du créancier ainsi désintéressé. Mais il n'est pas soumis à l'action personnelle, à moins que le testateur n'ait mis à sa charge le paiement d'une dette, sauf à lui à répudier le legs s'il trouve la charge excessive.

Cette obligation d'acquitter les dettes peut résulter d'une déclaration formelle ou de la nature même de la chose léguée s'il s'agit par exemple d'un ensemble légué *per modum universitatis*, présentant un actif et un passif, tel qu'une succession échue au testateur, sa part dans une communauté, un fonds de commerce, comme nous l'avons déjà dit, etc.

Le legs en usufruit de l'universalité ou d'une quote-part des biens de la succession est traité par la jurisprudence comme legs à titre universel quoiqu'il ne soit en réalité qu'un legs particulier. Néanmoins, la solution à donner à

(1) Aubry et Rau, § 619 ; § 723, *in fine*.
(2) Voy. Thézard, *loc. cit.*, p. 157.

cette difficulté est sans influence sur la question de savoir dans quelle mesure l'usufruitier doit contribuer à l'acquittement d'une rente viagère. La question est décidée par l'article 610 qui doit s'appliquer à toutes les rentes qui sont une charge de la succession, à celles dont le défunt était débiteur, comme à celles qu'il a créées par son testament (1).

Mais si l'usufruitier universel ou à titre universel est tenu de contribuer aux dettes dans les proportions indiquées par la loi, et si le créancier a le droit de le poursuivre directement dans ces limites, le créancier n'est pas moins autorisé à poursuivre directement aussi l'héritier, sauf tel recours que de droit de la part de celui-ci (2).

SECTION VII.

Des exécuteurs testamentaires.

357. — De la faculté de nommer des exécuteurs testamentaires, art. 1025. L'exécuteur testamentaire n'est pas un mandataire, mais un agent d'exécution.
358. — Il peut avoir la saisine, art. 1026.
359. — Comment les héritiers peuvent faire cesser cette saisine, art. 1027.
360. — De ceux qui ne peuvent être exécuteurs testamentaires, art. 1028 à 1030.
361. — Attributions de l'exécuteur testamentaire, art. 1031.
362. — *Quid* en ce qui touche le paiement des legs ou des dettes?
363. — L'exécuteur testamentaire ne représente ni les héritiers, ni les légataires.
364. — Compte à rendre par l'exécuteur testamentaire.
365. — Sa responsabilité ; cas de l'art. 1033 ; son recours pour les frais, art. 1034.
366. — Fin de l'exécution testamentaire, art. 1032.

357. Toute clause testamentaire présentant les caractères

(1) Cass. 14 août 1889 (*solut. impl.*), S. 91, 1, 372.
(2) Cass. 23 avr. 1888, S. 89, 1, 25.

d'un legs ou d'une simple charge, implique nécessairement deux idées distinctes : l'une ayant trait à l'attribution même du bénéfice résultant de la clause, c'est-à-dire à un effet de droit; l'autre ayant trait aux voies et moyens qui doivent être mis en œuvre, pour que la clause ayant déjà produit son effet légal, soit exécutée en fait.

Au lieu d'envisager ces deux idées dans leur ensemble, le testateur peut les séparer pour envisager spécialement et à part l'exécution que doit recevoir le testament :

ART. 1025. Le testateur pourra nommer un ou plusieurs exécuteurs testamentaires (*).

C'est là une faculté qui dérive directement du droit de disposer de son patrimoine pour après sa mort.

Les auteurs affirment que l'exercice de cette faculté se traduit par un *mandat*, soumis à des règles particulières qui ne tiennent pas compte du droit commun (1); mais c'est là une idée absolument fausse :

Le mandataire en effet représente nécessairement quelqu'un. Or l'exécuteur testamentaire ne représente personne. D'abord il ne représente à aucun point de vue ni les héritiers, ni les légataires; il ne représente pas davantage le testateur, car on ne peut représenter par mandat qu'une personne vivante (art. 2003). Qu'est-il donc? C'est un fonctionnaire d'ordre privé, chargé de procurer l'exécution d'un texte de loi d'ordre également privé. Le testateur aurait pu rédiger son testament dans la forme d'un arrêté, et le terminer par la formule suivante : *M. X... est chargé de l'exécution du présent.* L'exécuteur testamentaire n'est un mandataire que dans le sens où on peut dire que les agents d'exécution sont des *mandataires de la loi;* c'est, si l'on veut, un manda-

(*) Art. 1025. — L. 28 § 1, C. 1, 3 ; *cap. unic.* CLEMENTIN., lib. 3, tit. 6, *De testament.*

(1) Voy. LAURENT, t. XIV, n° 323.

taire du testament, c'est-à-dire que ce n'est pas un mandataire.

De là il suit :

1° Que l'exécution testamentaire ne peut être déférée que par un testament valable, sans qu'il soit d'ailleurs nécessaire qu'elle résulte du testament même dont elle a pour but d'assurer l'exécution;

2° Que l'exécution testamentaire ne peut être confiée à une personne incapable de s'obliger (art. 1028), alors qu'il en est autrement du mandat (art. 1990);

3° Que l'exécution testamentaire à partir du jour où elle commence ne peut être révoquée que par une décision judiciaire (une destitution), alors qu'il en est autrement du mandat (art. 2003 et 2004);

4° L'exécuteur testamentaire n'est responsable de ses actes que vis-à-vis des personnes contre lesquelles il a été chargé d'assurer l'exécution du testament; le mandataire au contraire doit rendre compte de sa gestion à la personne dans l'intérêt de laquelle il a reçu le mandat (art. 1995);

5° Quand il y a plusieurs exécuteurs testamentaires, ils sont en principe solidaires (art. 1033); c'est le principe inverse qu'il faut suivre quand il y a plusieurs mandataires (art. 1995).

Il est vrai que l'exécuteur testamentaire peut refuser comme le mandataire, la mission qui lui est offerte, et que cette mission est gratuite, mais ces particularités qui dérivent uniquement de la liberté civile dont jouit chaque citoyen, ne sont pas même suffisantes pour établir une analogie juridique, entre l'exécution testamentaire et le mandat.

L'exécuteur testamentaire est donc un agent d'exécution, comme l'indique son nom, et rien qu'un agent d'exécution. Il se distingue du légataire soumis à une charge dont l'exécution absorbe l'émolument du legs; cette charge, en effet, n'empêche pas le légataire d'acquérir à titre gratuit la chose léguée. L'exécuteur testamentaire, au contraire,

n'acquiert pas ; il a des pouvoirs, mais n'a pas de droits sur les biens. Son intervention est surtout utile pour poursuivre, au besoin par les voies judiciaires l'exécution des dispositions, testamentaires qui, n'ayant pas de bénéficiaire spécial et direct, risquent de n'être pas accomplies. Il en est ainsi pour les fondations de messe et de certaines charges pieuses. C'est même là l'origine des exécuteurs testamentaires qui étaient le plus souvent choisis parmi les religieux : *Religiosus deputatus ad executionem cujus libet ultimæ voluntatis* (1).

Le testateur n'est pas obligé d'employer des expressions sacramentelles pour désigner un exécuteur testamentaire. Cette qualité résultera de la nature de la mission déférée par le testateur, quand même ce dernier aurait désigné sous le nom de légataire universel, celui qui n'est en réalité chargé que de l'exécution du testament (2). Mais il n'y a pas d'incompatibilité entre les fonctions d'exécuteur testamentaire et la qualité de légataire universel (3).

Quoique l'exécution testamentaire constitue en principe une fonction gratuite, il est cependant admis que l'exécuteur testamentaire peut recevoir une rémunération de ses peines et soins arbitrés par le testateur de manière à ne pas devenir une véritable libéralité, un legs proprement dit. Cette rémunération serait donc valable, quand même elle s'adresserait à une personne incapable de recevoir un legs, par exemple au notaire qui a reçu le testament et qui serait nommé exécuteur testamentaire (4).

358. De ce que les exécuteurs testamentaires ont pour mission de veiller à l'exécution du testament, il ne s'ensuit pas qu'ils puissent de plein droit appréhender les meubles héré-

(1) *Cap. unic.* CLEMENTIN., lib. III, tit. 6, *De testament.*

(2) Orléans, 4 juill. 1885, D. 86, 2, 195.

(3) Liège, 23 avr. 1888, *Pas.*, 88, 2, 240.

(4) LAURENT, t. XIV, nos 328, 329 ; Gand, 18 nov. 1872, *Pas.*, 72, 2, 102.

ditaires et les administrer. Ils ne le pourront que si le testateur l'a ainsi décidé en leur donnant la saisine; en effet :

ART. 1026. Il pourra leur donner la saisine du tout, ou seulement d'une partie de son mobilier ; mais elle ne pourra durer au delà de l'an et jour à compter de son décès. — S'il ne la leur a pas donnée, ils ne pourront l'exiger.

Cette saisine, qui peut porter sur les biens formant la réserve car il dépend des héritiers de la faire cesser (article 1027) (1), ne peut être étendue par le testateur ni sur les immeubles, ni au delà de l'an et jour à compter de son décès, ou du jour où l'exécuteur a eu la possibilité de se mettre en possession du mobilier (2), s'il s'agit d'un testament authentique. Dans le cas d'un testament olographe ou mystique, l'exécuteur doit préalablement se faire envoyer en possession conformément à l'art. 1008.

Il n'est pas du reste nécessaire que la saisine soit attribuée en termes sacramentels à l'exécuteur testamentaire; elle peut résulter de la nature de la mission donnée à l'exécuteur testamentaire, quand cette mission implique une possession de fait, lorsqu'elle consiste, par exemple, à remettre à des parents ou amis certains objets à titre de souvenir (3).

De même, le testament par lequel un testateur ne laissant pas d'héritier à réserve, charge son exécuteur testamentaire de détruire tous ses papiers intimes, a pour effet d'enlever tout droit sur ces papiers aux héritiers légitimes aussi bien qu'aux légataires universels (4). Si l'exécuteur testamentaire n'avait pas la saisine, il ne pourrait s'opposer à ce que les papiers et titres dépendants de la succession

(1) Paris, 18 déc. 1871, D. 73, 2, 15 ; *Contrà*, DURANTON, t. IX, n° 401 ; ARNTZ, t. II, n° 2122 ; BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 1026, n° 1.

(2) AUBRY et RAU, § 711, texte et note 33 ; DEMOLOMBE, t. XXII, n° 50 ; COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 171 *bis* IV ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 626 ; Alger, 20 janv. 1879, D. 79, 2, 143.

(3) Pau, 13 janv. 1890, D. 91, 2, 52.

(4) Cass. 11 juin 1890, D. 90, 1, 324 ; Comp. Cass. 26 janv. 1886, D. 86, 1, 241.

soient remis au légataire universel investi de la saisine (1).

La saisine déférée à l'exécuteur testamentaire par la volonté du testateur, n'empêche pas la saisine déférée par la loi à l'héritier ou au légataire universel. L'exécuteur testamentaire est en quelque sorte constitué sequestre, et il n'est en possession que pour le compte de l'héritier ou du légataire universel (2). La saisine dont il est investi est d'ailleurs distincte de la mission générale qui lui a été donnée de veiller à l'exécution du testament, et elle peut prendre fin par l'expiration du délai légal, alors que cette mission dure encore. C'est ce qui a été jugé, notamment, pour la charge de veiller à ce que les restes du testateur demeurent inhumés dans un lieu déterminé (3).

359. Mais si la saisine de l'exécuteur testamentaire ne met pas obstacle à la saisine de l'héritier, il est certain qu'elle gêne l'administration de ce dernier, surtout en ce qui touche la libre disposition du mobilier. Il fallait donc que l'héritier eût le moyen de s'en affranchir; en conséquence :

Art. 1027. L'héritier pourra faire cesser la saisine, en offrant de remettre aux exécuteurs testamentaires somme suffisante pour le paiement des legs mobiliers, ou en justifiant de ce paiement.

Il ne s'agit pas d'une simple promesse, mais d'une offre réelle qui doit équivaloir au paiement, et entraînant, par suite, la remise entre les mains de l'exécuteur testamentaire des deniers nécessaires pour le paiement des legs mobiliers; un seul des héritiers est recevable à effectuer cette remise sans avoir besoin du concours de ses cohéritiers.

Aussitôt que cette remise a été effectuée, l'exécuteur testamentaire n'a plus à s'immiscer dans la succession, quand même il aurait été chargé par le testateur de vendre les

(1) Pau, 27 juin 1887, D. 88, 2, 252.
(2) Gand, 23 fév. 1870, *Pas.*, 70,2, 244.
(3) Trib. Lyon, 30 juin 1877, D. 78, 3, 88.

biens, sauf à lui à justifier de l'emploi des deniers dans les termes du testament.

360. On voit donc que l'exécution testamentaire soumet celui qui en accepte la charge, à une certaine responsabilité; d'où les restrictions suivantes :

ART. 1028. Celui qui ne peut s'obliger ne peut pas être exécuteur testamentaire (*).

ART. 1029. La femme mariée ne pourra accepter l'exécution testamentaire qu'avec le consentement de son mari. — Si elle est séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit par jugement, elle le pourra avec le consentement de son mari, ou, à son refus, autorisée par la justice, conformément à ce qui est prescrit par les art. 217 et 219, au titre *du Mariage*.

Si donc la femme n'est pas séparée de biens, elle ne pourra se charger de l'exécution testamentaire qu'en vertu de l'autorisation de son mari qui ne pourrait être suppléée par celle de justice. C'est, dit-on, afin que les héritiers pouvant agir en responsabilité contre la femme, à raison de sa gestion, aient une garantie plus efficace. Autorisée par justice, la femme ne peut engager, en effet, que la nue-propriété de ses biens, la jouissance devant en demeurer au mari. Si au contraire la femme est autorisée par le mari, ses créanciers pourront poursuivre leur paiement sur la pleine propriété des biens de leur débitrice. Mais lorsque la femme est séparée de biens, le mari n'ayant pas ou n'ayant plus la jouissance des biens de sa femme, l'autorisation de justice suffira pour affecter la pleine propriété des biens de la femme. On assimile en général à la femme séparée de biens la femme mariée sous le régime dotal, quand elle a des paraphernaux (1). Ce sont là, du reste, des difficultés plus théoriques que pratiques.

La femme séparée de corps a recouvré son entière capacité.

A l'égard du mineur, émancipé ou non émancipé, la loi édicte une prohibition absolue :

(*) Art. 1028.— Cap. 1, SEXT., lib. 8, tit. 11, *De testam.*

(1) AUBRY et RAU, § 711 ; DEMOLOMBE, t. XXII, n° 27 ; COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 174 *bis* I ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 625.

ART. 1030. Le mineur ne pourra être exécuteur testamentaire, même avec l'autorisation de son tuteur ou curateur.

Cette prohibition est encore justifiée, selon l'opinion commune, par l'intérêt des héritiers.

Il suffit d'ailleurs, d'une manière générale, que la capacité de l'exécuteur testamentaire existe au moment du décès.

361. Voyons maintenant quelles sont ses attributions.

S'il a la saisine, il peut, nous l'avons déjà mentionné, appréhender le mobilier de la succession, ce qui laisse de côté les fruits des biens héréditaires non encore échus ou perçus au moment de l'ouverture de la succession. Mais il peut opérer le recouvrement de toutes les sommes dues à la succession, et par conséquent poursuivre les débiteurs pour les forcer à payer.

Qu'il ait la saisine ou qu'il ne l'ait pas, il a qualité pour provoquer l'accomplissement de certaines formalités énumérées dans le texte qui suit :

ART. 1031. Les exécuteurs testamentaires feront apposer les scellés, s'il y a des héritiers mineurs, interdits ou absents. — Ils feront faire, en présence de l'héritier présomptif, ou lui dûment appelé, l'inventaire des biens de la succession. — Ils provoqueront la vente du mobilier, à défaut de deniers suffisants pour acquitter les legs. — Ils veilleront à ce que le testament soit exécuté ; et ils pourront, en cas de contestation sur son exécution, intervenir pour en soutenir la validité. — Ils devront, à l'expiration de l'année du décès du testateur, rendre compte de leur gestion.

S'il y a des héritiers mineurs, interdits ou absents, c'est-à-dire non présents, l'exécuteur testamentaire doit faire apposer les scellés. Il en est dispensé néanmoins si les héritiers mineurs ont un tuteur (art. 910, 911, C. pr. c.) ; il peut aussi faire apposer les scellés dans tous les autres cas, s'il estime que l'intérêt des légataires l'exige.

L'exécuteur testamentaire devra faire procéder à un inventaire comprenant tout l'actif héréditaire en présence des héritiers présomptifs, ou eux dûment appelés. L'inventaire est toujours obligatoire, et le testateur ne pourrait dispenser l'exé-

cuteur testamentaire d'y faire procéder (1), car si l'exécuteur testamentaire tient sa nomination de la volonté du testateur, c'est le législateur lui-même qui a réglé ses attributions d'une manière limitative (2), et le testateur ne peut augmenter ou restreindre ces attributions qu'en lui accordant ou en lui refusant la saisine du mobilier seulement (3).

L'apposition des scellés et la confection d'un inventaire sont des mesures conservatoires. On dit généralement que ces mesures ont pour but de constater, dans l'intérêt des héritiers et des légataires, la consistance du mobilier héréditaire dont l'exécuteur testamentaire deviendra comptable envers eux, ce qui suppose un héritier ayant la saisine; d'où la conséquence tirée par certains auteurs que l'exécuteur testamentaire non saisi n'est pas tenu de faire apposer les scellés, ni de faire inventaire (4).

Mais il n'est pas exact que l'apposition des scellés et l'inventaire soient des précautions uniquement prises contre l'exécuteur testamentaire. Ces formalités auront aussi pour conséquence d'empêcher les détournements que pourraient commettre les héritiers au préjudice des légataires. La loi déclare d'ailleurs d'une manière absolue qu'il doit apposer les scellés sans distinguer s'il a ou non la saisine (5).

362. Il n'appartient pas à l'exécuteur testamentaire d'opérer la délivrance juridique des legs mobiliers, mais seulement d'en effectuer le paiement, qu'il s'agisse de legs ayant

(1) Bruxelles, 22 juill. 1891, *B. J.* 91, 1092; DEMOLOMBE, t. XXII, nos 63, 84; LAURENT, t. XIV, nos 332, 358; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 631; Comp. AUBRY et RAU, § 711, texte et note 16; COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 176 *bis* VII; *Contrà*, TOULLIER, t. III, n° 604; DURANTON, t. X, n° 406; MARCADÉ, sur l'art. 1031.

(2) Bruxelles, 28 nov. 1872, *Pas.*, 72, 2, 96.

(3) Bruxelles, 8 août 1864, *Pas.*, 64, 2, 411.

(4) MARCADÉ, sur l'art. 1031; DEMOLOMBE, t. XXII, n° 102.

(5) COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 176 *bis* XII; LAURENT, t. XIV, n° 355; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 628.

pour objet des meubles déterminés, des sommes d'argent, ou des quantités. Les légataires devront donc demander la délivrance à celui qui, d'après sa qualité, est débiteur du legs, et c'est ce dernier qui en autorisera le paiement effectif.

L'exécuteur ne doit donc acquitter aucun legs sans la participation de l'héritier, ou généralement de celui qui est intéressé à en contester la validité. S'il payait les legs sans approbation de l'héritier ou l'ordre du juge, il engagerait sa responsabilité au cas où le legs serait nul.

A défaut de deniers suffisants dans la succession, pour acquitter les legs, l'exécuteur testamentaire provoquera la vente du mobilier. Cette vente aura lieu avec le consentement des héritiers, et en cas de refus ou de désaccord, en vertu d'une ordonnance de justice, les héritiers dûment appelés. Ces derniers ont d'ailleurs le droit d'empêcher la vente du mobilier en fournissant à l'exécuteur testamentaire les deniers suffisants pour acquitter les legs.

Mais si le mobilier ne suffit pas pour le paiement des legs, l'exécuteur testamentaire peut-il poursuivre la vente des immeubles contre l'héritier ou le légataire universel?

Il ne s'agit pas de savoir si le testateur peut donner un tel pouvoir à l'exécuteur testamentaire (1), car nous avons déjà vu qu'il ne peut conférer à ce dernier des pouvoirs plus étendus que ceux qui ont été déterminés par la loi, mais bien de savoir si la loi elle-même a donné ce pouvoir à l'exécuteur testamentaire. Or il est certain qu'il n'y a pas de texte qui tranche la difficulté. On a cependant voulu rattacher la solution à adopter au quatrième paragraphe de l'art. 1031, en disant que l'exécuteur testamentaire étant chargé de veiller à ce que le testament soit exécuté, il est rationnel de lui reconnaître le droit d'employer tous les moyens nécessaires à l'accom-

(1) *Contrà*, BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 1031, n° 16.

plissement de cette mission (1). Mais il est facile de répondre que la loi a elle-même limité les moyens à employer à cet effet, en chargeant l'exécuteur testamentaire de vendre, en cas de nécessité, les meubles seulement sans parler des immeubles (2).

Le paiement des dettes de la succession n'entre pas dans les attributions de l'exécuteur testamentaire, même quand il a la saisine du mobilier, et le testateur ne pourrait l'en charger. Cependant l'exécuteur pourrait acquitter lui-même les dettes modiques qui sont une conséquence directe des actes de sa gestion.

363. La principale mission de l'exécuteur testamentaire consiste à veiller, d'une manière générale, à ce que le testament soit exécuté. A cet effet, la loi autorise formellement l'exécuteur testamentaire *à intervenir* en justice, pour soutenir la validité du testament, en cas de contestation sur son exécution. Mais il n'est pas obligé d'intervenir s'il le juge inutile. Par conséquent, s'il a été appelé dans une instance en nullité du testament il sera fondé à demander sa mise hors de cause, s'il déclare vouloir rester étranger à la contestation, et être prêt à rendre compte de sa gestion à ceux qui seraient reconnus avoir droit à la succession (3).

L'exécuteur testamentaire ne représente à aucun titre ni les héritiers, ni les légataires, il ne peut donc exercer les actions de la succession; mais il a le droit de poursuivre par action directe, contre les héritiers, l'exécution des charges que le testateur a imposées dans son propre intérêt, par exemple

(1) Demolombe, t. XXII, n° 74 ; Metz, 13 mai 1869, D. 69, 2, 192 ; Beltjens, *loc. cit.*

(2) Duranton, t. IX, n°s 410 et 411 ; Aubry et Rau, § 711, texte et note 21 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 176 *bis* IV; Laurent, t. XIV, n° 365 ; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 631 ; Bruxelles, 29 novembre 1872, *Pas.*, 73, 2, 96.

(3) Liège, 11 juin 1851, *Pas.*, 51, 2, 311.

celles d'élever un monument funéraire, ou de faire dire des messes. Lorsqu'il demande que l'héritier justifie de l'exécution d'une clause testamentaire de cette nature, il est recevable à conclure subsidiairement à la remise de la somme que le testateur a affectée à son exécution (1). La charge de messes moyennant un honoraire en rapport avec le service rendu, ne peut, en effet, être considérée comme une libéralité au profit d'une fabrique d'église (2).

Quant aux actions tendant à contraindre les débiteurs de la succession au paiement de ce qu'ils doivent, l'exécuteur testamentaire ne peut les exercer qu'autant qu'il a la saisine du mobilier, et dans la mesure de ce qui est nécessaire pour l'exécution du testament (3); il pourrait notamment réclamer dans ce but la restitution d'un dépôt fait par le testateur dans une banque publique ou privée (4).

Nous avons remarqué que l'exécuteur testamentaire n'est, à aucun point de vue, mandataire ou représentant des légataires. La question de savoir s'il pourrait, en leur nom, accepter la libéralité qui leur est adressée, ne peut donc même pas être posée. Cependant sous l'influence de cette idée fausse que l'exécution testamentaire recouvre un mandat, une Cour a été amenée à dire que : l'exécuteur testamentaire n'a mandat de veiller à l'exécution du testament que lorsque le légataire *est en situation d'en profiter;* que *par suite*, il n'a pas qualité pour se constituer le mandataire d'un institué absent, et, fût-il même prouvé que cet institué existait au moment du décès du testateur, pour accepter la succession en son nom (5). Au lieu d'aller si loin chercher d'aussi mau-

(1) Bruxelles, 14 mars 1888, *Pas.*, 88, 2, 352.

(2) *Ibid.*

(3) LAURENT, t. XIV, n° 250; Bruxelles, 18 mai 1874, *Pas.*, 74, 2, 244.

(4) Bruxelles, 13 fév. 1889, Cl. et B. 89, 619.

(5) Poitiers, 22 janv. 1882, D. 84, 2, 165.

vaises raisons, il était si simple de reconnaître que l'exécuteur testamentaire ne représente pas le légataire, et que la mission de veiller à l'exécution d'un testament n'emporte en aucune façon celle d'accepter un legs, que le légataire soit ou ne soit pas absent.....

Cette mission emporte le droit de requérir les mesures conservatoires utiles à l'exécution du testament. L'exécuteur testamentaire pourrait-il, à ce point de vue, prendre sur les immeubles de la succession, au nom des légataires, l'inscription du privilège de la séparation des patrimoines? On l'admet généralement (1). Mais comment l'exécuteur testamentaire, qui n'est pas le représentant des légataires, peut-il prendre une inscription au nom et dans l'intérêt de ces derniers qui ont d'ailleurs le droit de la prendre eux-mêmes?.....

364. L'exécuteur testamentaire doit rendre compte de sa gestion à qui de droit, sans que le testateur puisse le dispenser de cette obligation (2). Il devra rendre ce compte, s'il a eu la saisine, à l'expiration de l'année du décès du testateur.

C'est là l'hypothèse textuellement prévue par l'art. 1031. On décide généralement que lorsqu'il n'a pas eu la saisine, il n'a pas de compte à rendre puisqu'il n'a pas eu de gestion. Cela est vrai d'une manière générale; mais par exception il peut être devenu comptable s'il a reçu, par exemple, des deniers pour faire dire des messes ou élever un monument au testateur.

365. Enfin qu'il ait eu ou qu'il n'ait pas eu la saisine, l'exécuteur est toujours responsable de ses actes, s'il a négligé, par exemple, d'assurer par un bon placement,

(1) Voy. LAURENT, t. XIV, n° 359 et les autorités citées.

(2) DEMOLOMBE, t. XXII, n° 119; COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 176 *bis* XI; LAURENT, t. XIV, n° 386; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 631; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 711, texte et note 46.

ainsi qu'il en avait été chargé par le testament, le service d'une rente viagère (1).

Du reste, quand il y a plusieurs exécuteurs testamentaires, la responsabilité pourra se trouver divisée comme l'obligation de rendre compte :

ART. 1033. S'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires qui aient accepté, un seul pourra agir au défaut des autres ; et ils seront solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions, et que chacun d'eux ne se soit renfermé dans celle qui lui était attribuée (*).

Le refus ou l'incapacité de l'un ou de quelques-uns des exécuteurs désignés ne saurait annuler la nomination des autres, à moins que l'intention contraire de la part du testateur ne résulte des termes du testament (2).

Si leurs fonctions n'ont pas été divisées, ils devraient théoriquement agir tous ensemble. Néanmoins la loi décide avec raison qu'un seul pourra agir au défaut des autres. Cela veut dire que l'intervention d'un seul suffira pour la validité juridique de l'acte qu'il s'agit de poser, mais la loi admet que celui qui paraît seul dans un acte impliquant l'emploi du mobilier, par exemple, le paiement d'un legs, agit avec l'assentiment des autres. Tel est le fondement de la solidarité qui existe entre eux, et qu'il faut limiter au compte à rendre de l'emploi du mobilier.

En rendant ce compte les exécuteurs testamentaires, ou l'exécuteur, pourront réclamer le remboursement des frais par eux avancés pour l'accomplissement de leur mission,

En effet :

ART. 1034. Les frais faits par l'exécuteur testamentaire pour l'apposition des scellés, l'inventaire, le compte et les autres frais relatifs à ses fonctions, seront à la charge de la succession.

(*) Art. 1033. — Cap. II, § 2, SEXT., lib. III, tit. II, *De testam.*

(1) Paris, 7 fév. 1850, D. 50, 2, 46; LAURENT, t. XIV, n° 377.

(2) DEMOLOMBE, t. XX, n° 37; COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 178 *bis; Contrà*, DURANTON, t. IX, n° 423; MOURLON, t. II, n° 875.

Il faut ajouter : s'il n'y a pas d'héritier réservataire, et dans le cas contraire à la charge de la partie de la succession qui n'est pas réservée, en ce qui touche les frais exposés pour procurer l'exécution des dispositions imputables sur la quotité disponible.

366. Quand les diverses dispositions du testament ont été complétement exécutées, l'exécution testamentaire prend fin puisque désormais elle n'a plus d'objet.

Il en sera de même si l'exécuteur testamentaire se démet de sa fonction qui n'a rien d'obligatoire.

Mais pourrait-il être révoqué ou destitué, sur la demande des intéressés, pour cause d'incapacité ou d'infidélité? La question ne peut se poser qu'à l'égard d'un exécuteur ayant la saisine, et l'affirmative est généralement admise (1). Mais, se demande M. Laurent, peut-il y avoir une destitution sans loi qui l'autorise (2)? Voilà donc l'exécuteur testamentaire déclaré inamovible, même en cas de malversation! On ajoute que les héritiers n'auront qu'à payer les légataires pour rendre sans objet la mission de l'exécuteur testamentaire infidèle, et demander ensuite contre lui des dommages-intérêts, et que c'est là l'unique voie légale à suivre (3). Mais il ne sera pas toujours facile ni possible aux héritiers de faire les avances nécessaires au paiement des legs; d'un autre côté l'exécuteur testamentaire peut être insolvable, et du moment qu'on reconnaît que sa façon d'user de la saisine l'a rendu passible de dommages-intérêts, il serait absurde de la lui laisser; les tribunaux pourront donc la lui retirer. Mais nous pensons qu'ils devront se borner à le réduire à la condition d'exécuteur testamentaire non saisi, ils ne lui enlèveront pas son

(1) Aubry et Rau, § 711; Demolombe, t. XXII, n° 107; Colmet de Santerre, t. IV, n° 177 *bis*.

(2) T. XIV, n° 383.

(3) *Ibid.*

titre, et il pourra toujours veiller à l'exécution, par qui de droit, des dispositions testamentaires.

S'il vient à décéder,

ART. 1032. Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire ne passeront point à ses héritiers.

Ces pouvoirs en effet ne sont pas au nombre des *biens*, *droits* et *actions* du défunt, que la loi déclare transmissibles (art. 724).

SECTION VIII.

De la révocation des testaments et de leur caducité.

§ 1er. — Révocation expresse.

367. — Objet de la section. — De la révocation expresse, art. 1035.
368. — Du cas où le testateur a été empêché de révoquer son testament.
369. — Etendue de la révocation ; peut-elle résulter d'un acte sous seing privé rédigé comme un testament olographe, mais ne contenant aucune disposition de biens ?
370. — Effets de la révocation ; peut-elle résulter d'un acte nul en la forme comme testament authentique ou comme donation, mais valable comme acte authentique ?

367. Pour savoir si une disposition testamentaire, valable en soi comme ayant été faite dans les formes légales par un testateur capable, peut produire son effet, il faut se placer au moment du décès du testateur.

A ce moment, s'il existe plusieurs actes distincts contenant l'expression des *dernières volontés* du défunt, il faut s'en tenir à celui qui contient l'expression de *la volonté dernière*, en tant qu'elle déroge aux dispositions qui l'ont précédée lesquelles sont alors *révoquées*.

S'il n'y a pas eu révocation et qu'au moment du décès du testateur la chose léguée ait cessé d'exister, ou que le légataire soit déjà décédé, le legs tombe, il devient *caduc;* il en sera de même si le légataire ne veut pas le recueillir.

La *révocation* et la *caducité* forment l'objet de notre section IV.

La révocation d'un testament dans son entier, ou dans quelques-unes seulement des dispositions qu'il renferme peut avoir lieu expressément ou tacitement.

La loi s'occupe d'abord de la révocation expresse :

ART. 1035. Les testaments ne pourront être révoqués, en tout ou en partie, que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaires, portant déclaration du changement de volonté.

Ce dernier acte sera rédigé en minute, et non en brevet, dans la forme des actes authentiques ordinaires et non dans celle qui est exigée pour les testaments publics (1), mais avec la présence effective du second notaire ou des témoins au moment de la lecture et de la signature (L. 21 janv. 1843, art. 2).

Tant que le testateur existe et qu'il est capable de tester (2), il a donc le droit de révoquer son testament sans pouvoir renoncer ni directement, ni indirectement à cette faculté. Mais cette faculté ne peut valablement s'exercer que suivant les formes prescrites par l'art. 1035. La révocation ne pourrait donc résulter d'une déclaration verbale, ni d'un écrit sous seing privé n'ayant pas la forme d'un testament.

Le testateur qui veut révoquer un testament déjà fait par lui, doit donc nécessairement recourir soit à un nouveau testament qui n'a pas d'ailleurs besoin d'être fait dans la même forme que le premier, soit à un acte authentique portant déclaration de son changement de volonté.

368. *Quid* si le testateur ayant l'intention de révoquer son testament dans toutes ses dispositions, a été empêché de le faire par des manœuvres frauduleuses ou par la violence.

Il a été empêché de révoquer son testament, donc il n'y

(1) Cass. 1er juin 1870, D. 71, 1, 110.

(2) Bordeaux, 5 mai 1879, D. 81, 2, 144; Toulouse, 17 janv. 1876, D. 77, 2, 5.

a pas eu révocation. La preuve du dol ou de la violence faite par les héritiers légitimes doit-elle avoir pour résultat de faire considérer comme effectuée une révocation qui n'a pas eu lieu? Il y a sur ce point quelque obscurité dans la jurisprudence qui confond la possibilité de prouver par témoins le dol ou la violence, avec les résultats que doit produire cette preuve (1). Il est donc nécessaire de faire certaines précisions : si l'auteur des manœuvres dolosives n'est pas au nombre des bénéficiaires du testament dont il a empêché la révocation, les héritiers légitimes n'auront contre lui qu'une action en dommages-intérêts, et le testament recevra son exécution pour le tout; si au contraire l'auteur des manœuvres dolosives est un légataire, il sera d'abord privé de son legs à titre de dommages, ce qui équivaut à une révocation partielle. Mais comme le testament devra produire tous ses effets à l'égard des autres légataires demeurés étrangers aux manœuvres, il devra en outre, de ce chef, d'autres dommages-intérêts (2).

369. Il ne peut y avoir de difficultés sur le fait de la révocation quand le changement de volonté résulte d'un testament postérieur valable, ou d'un acte authentique. Mais il pourra y en avoir sur l'étendue de la révocation, car il peut se faire que le testateur n'ait eu en vue qu'une révocation partielle ou que la révocation d'un seul testament quand il en avait déjà rédigé plusieurs. Il faudra rechercher quelle a été la pensée du testateur. Ainsi, il importe peu qu'un acte révocatoire ne vise en termes exprès qu'un testament authentique et non un testament olographe postérieur, s'il résulte de la déclaration faite au début de l'acte révocatoire que ces testaments contenant la même disposition, étaient tous deux

(1) Ex. : Limoges, 6 fév. 1889, D. 90, 2, 73 et la note.

(2) Comp. LAURENT, t. XIV, n° 177 ; Cass. 15 mai 1860, D. 60, 1, 277 ; Limoges, 6 fév. 1889, S. 89, 2, 173 ; Orléans, 15 mai 1889, S, 89, 2, 207.

l'expression d'une volonté qui n'était plus celle du défunt (1).

Il y a au contraire difficulté sur la possibilité même d'une révocation, quand on prétend la faire résulter d'un simple acte privé, écrit dans la forme des testaments olographes, mais ne contenant aucune disposition testamentaire expresse. Ce n'est pas là un testament, dit-on, car il ne résulte d'un tel acte aucune attribution de biens; c'est tout simplement un acte portant déclaration d'un changement de volonté; or un tel acte ne peut entraîner une révocation de testament que s'il est fait en la forme authentique; donc l'acte dont il s'agit, quoique écrit en entier, daté et signé de la main de son auteur, ne peut avoir d'effet révocatoire (2).

Il suit de là, que la controverse n'est plus possible si l'acte envisagé contient un legs insignifiant! mais la vérité est que cet acte contient virtuellement une disposition concernant les biens du testateur puisqu'il a pour but et pour effet d'écarter de la succession testamentaire ceux qui d'abord y avaient été appelés. Sans doute les héritiers légitimes seront toujours des héritiers *ab intestat,* venant en vertu de la loi, et non des légataires; mais il existait un obstacle qui les empêchait d'invoquer le titre écrit pour eux dans la loi. Or le testateur a levé cet obstacle en retirant aux légataires le titre qu'il leur avait conféré; il a agi de manière à ce que les biens puissent être réclamés par ceux à qui la loi les attribue. Il faut donc admettre que l'acte sous seing privé dont il s'agit révoquera tous autres testaments antérieurs (3).

La question, du reste, se trouve, à notre avis, implicitement tranchée par la loi du 15 novembre 1887 sur la liberté

(1) Gand, 13 mars 1891, *Pas.*, 91, 2, 275.

(2) MARCADÉ, sur l'art. 1035; LAURENT, t. XIV, n° 186.

(3) AUBRY et RAU, § 725, texte et note 5; DEMOLOMBE, t. XXII, n° 141; COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 182 *bis;* MOURLON, t. II, n° 879; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 637; Bordeaux, 5 mai 1879, D. 81, 2, 144; trib. Oudenarde, 20 mars 1891, *B. J.*, 91, 675.

des funérailles. On lit dans l'art. 3 § 3 de cette loi, que « la volonté du défunt exprimée dans un testament ou dans une déclaration faite en forme testamentaire, soit par devant notaire *soit sous signature privée,* a la même force qu'une disposition testamentaire relative aux biens; elle est soumise aux mêmes règles quant aux conditions de la révocation. » — Étant donné un testament dans lequel le testateur a réglé les conditions de ses funérailles en même temps que l'attribution de ses biens, il serait absurde qu'un acte rédigé en la forme olographe, par lequel le testateur déclare révoquer toutes les dispositions prises dans son testament antérieur, produisit son effet révocatoire à l'égard des funérailles, et ne le produisît pas à l'égard des attributions concernant les biens.

Il suit de ce qui précède qu'un testament olographe ou une déclaration olographe concernant les funérailles, est valablement révoqué par une simple mention de révocation apposée sur le corps même de l'acte par le testateur, datée et signée par lui, et qui pourra consister, en fait, dans le mot unique *annulé* suivi de la date et de la signature du défunt (1).

370. La portée de la clause révocatoire est appréciée souverainement par les juges du fait (2), qui souvent ne reculent pas devant l'arbitraire (3).

L'acte révocatoire peut lui-même être rétracté ou révoqué par un autre acte notarié ou par un autre testament, peu importe (4). Dans ce cas, le testament annulé reprend sans difficulté son efficacité, si l'acte révocatoire rétracté ne contenait pas de nouvelles dispositions (5). Dans le cas contraire la rétractation du second testament ne fait revivre les dispositions du premier que si telle a été l'intention du testateur

(1) Besançon, 9 mars 1881, D. 81, 2, 185.
(2) Cass. 14 avr. 1885, D. 86, 1, 300.
(3) Ex. : Cass. 17 nov. 1880, D. 81, 1, 180.
(4) Cass. 26 mars 1879, D. 79, 1, 285.
(5) Cass. 26 mars 1879, D. 79, 1, 285.

manifestée soit expressément, soit implicitement, ce qui sera une question de fait à décider d'après les circonstances (1).

Si la révocation résulte d'un testament authentique ou d'une donation, la nullité pour vice de forme emportera-t-elle la nullité de la révocation, si l'acte vaut néanmoins comme acte authentique? On admet généralement que la révocation produira son effet si le testateur n'a eu d'autre but que de révoquer le premier testament, et n'a fait aucune autre disposition dans le testament postérieur.

Mais si le second acte authentique contient des legs en même temps que la révocation du premier testament, il paraît impossible de scinder une volonté qui se manifeste comme indivisible, de déclarer l'acte nul comme testament et valable comme révocation. Le testateur, dit-on, n'a voulu qu'une chose, tester; et la révocation de son premier testament n'était qu'une conséquence des nouvelles dispositions qu'il a faites, la révocation se présente alors comme une clause accessoire du nouveau testament (2).

Il est possible qu'il en soit ainsi, et même le plus souvent il en sera ainsi. Mais il peut se faire que l'intention du testateur soit toute autre. Le testateur peut avoir voulu tout d'abord et principalement révoquer le testament qu'il a déjà fait, et dont il ne veut maintenir aucune des dispositions. Il profite seulement de cette révocation pour faire quelques legs insignifiants. Peut-on dire alors que la révocation se présente comme la clause accessoire d'un testament sérieux? Il est certain que non, et le doute ne serait pas possible si le testateur avait pris soin de déclarer : qu'il entend maintenir la

(1) Laurent, t. XIV, nos 197, et suiv. 200; Baudry-Lacantinerie, t. II, no 638; Cass. 20 juin 1883, D. 84, 1, 159; Rennes, 1er juill. 1878, D. 79, 2, 15.

(2) Aubry et Rau, § 725, texte et notes 6 et 7; Demolombe, t. XXII, no 158; Colmet de Santerre, t. IV, no 184 *bis*; Laurent, t. XIV, no 188; Baudry-Lacantinerie, t. II, no 637; Beltjens, *loc. cit.*, sur l'art. 1035, no 12.

révocation, quand même l'acte viendrait à être annulé comme testament, et ne vaudrait plus que comme acte authentique. Mais à défaut d'une telle déclaration, qui serait, il faut le reconnaître, assez insolite, le juge ne doit-il pas rechercher si elle n'est pas en réalité dans la pensée du testateur? Il faudra tenir compte des termes du second testament, et par exemple si le *de cujus* ayant une fortune considérable, après avoir, dans un premier testament, institué un légataire universel, indiquait dans un second testament les graves motifs qui l'ont porté à révoquer cette institution, et se bornait à léguer quelques centaines de francs à une fabrique pour faire dire des messes, il est certain que ce n'est pas en vue d'une telle disposition, et comme accessoire de cette disposition, qu'il a rédigé une révocation motivée. La conclusion, c'est qu'il faut, en définitive, rechercher la véritable intention du défunt pour s'y conformer.

§ 2. — Révocation tacite résultant de la contrariété de deux dispositions.

371. — Révocation tacite ; incompatibilité entre deux testaments, art. 1036.
372. — L'incompatibilité est toujours nécessairement intentionnelle; dans quels cas elle se traduit par une impossibilité matérielle d'exécution simultanée de deux dispositions.
373. — En dehors de ces cas, la révocation tacite doit toujours avoir lieu si l'intention de révoquer apparaît clairement ; conséquences.
374. — Application à deux legs universels contenus dans deux testaments successifs.
375. — Conflit entre un legs universel et un legs postérieur à titre universel ou à titre particulier.
376. — Conflit entre un legs à titre universel et un legs postérieur universel ou à titre universel.
377. — Conflit entre legs particuliers.
378. — Remarque générale sur les cas ci-dessus.

371. L'intention de révocation peut ne pas avoir été expri-

mée, et résulter seulement de certains faits. On dit alors qu'il y a révocation tacite.

Le premier cas de révocation tacite se rencontre lorsque le défunt a laissé deux ou plusieurs testaments successifs dont l'exécution simultanée est impossible, parce que les dispositions qu'ils contiennent sont contradictoires ou incompatibles entre elles. Dans ce cas le testament le plus récent emporte révocation virtuelle des testaments antérieurs.

Il faut toutefois observer que

ART. 1036. Les testaments postérieurs, qui ne révoqueront pas d'une manière expresse les précédents, n'annuleront, dans ceux-ci, que celles des dispositions y contenues qui se trouveront incompatibles avec les nouvelles, ou qui y seront contraires.

Une personne peut donc laisser plusieurs testaments, et quel que soit le nombre de ces testaments, ils devront tous être exécutés simultanément, s'il est possible de concilier leurs dispositions. Voilà la règle.

Il en était autrement en droit romain; pourquoi? Les auteurs sont d'accord pour déclarer qu'en droit romain le testament devant nécessairement comprendre toute l'hérédité, d'après la règle : *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*, il en résultait que deux testaments successifs étaient *forcément* incompatibles l'un avec l'autre, et qu'il fallait dès lors donner la préférence au plus récent (1). Mais c'est là une inexactitude, car jamais la maxime : *nemo partim.....* n'a signifié que l'on ne peut disposer seulement d'une fraction de ses biens (Voy. ci-dessus, nos 6 et 265). D'un autre côté, si une personne ne pouvait laisser deux testaments successifs cela tenait à ce que le premier testament ne contenant qu'une disposition révocable par essence, il paraissait qu'en faisant un second testament le testateur n'avait fait qu'user de son droit de révocation, et le second

(1) DEMOLOMBE, t. XXII, n° 166 ; LAURENT, t. XIV, n° 201 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 640.

testament apparaissait comme une loi abrogative d'une loi précédente. Le premier testament était rompu pour le tout.

372. Dans le droit actuel on peut aussi décider que, suivant l'intention du testateur, deux legs universels résultant de deux testaments successifs, sont inconciliables ou incompatibles, et que le second abroge le premier. Mais alors le premier legs universel sera seul révoqué, les autres dispositions contenues dans le premier testament seront maintenues et mises à la charge du second légataire universel.

On admet généralement encore qu'il y a lieu de distinguer deux sortes d'incompatibilité : l'incompatibilité intentionnelle et l'incompatibilité matérielle.

Pour que cette distinction scolastique fût logiquement exacte, il faudrait pouvoir concevoir, non seulement une incompatibilité qui serait intentionnelle sans être matérielle, ce qui est possible, mais encore une incompatibilité qui serait matérielle sans être intentionnelle, ce qui est impossible.

La vérité est qu'il n'y a qu'un seul genre d'incompatibilité, toujours nécessairement intentionnelle, mais que, dans certains cas, cette incompatibilité intentionnelle se traduit en outre par une impossibilité matérielle d'exécution simultanée des deux testaments.

Or, cette impossibilité matérielle d'exécution simultanée ne se rencontre que dans deux hypothèses :

1° Quand le testateur, après avoir légué purement et simplement la pleine propriété d'une chose à une personne, réduit intentionnellement, par un second testament, cette même libéralité à un simple legs d'usufruit de la même chose. Les juges du fait auront à vérifier si les deux legs s'appliquent ou non à la même chose (1).

(1) Cass. 13 juin 1883, D. 84, 1, 159.

2° Quand le testateur, après avoir légué purement et simplement une chose, ayant ensuite l'intention de réduire sa libéralité, lègue par un second testament la même chose à la même personne, mais sous condition seulement.

Dans tous les autres cas on pourra toujours concevoir l'exécution simultanée des dispositions anciennes et des dispositions nouvelles, soit en les cumulant, comme le fait remarquer Demolombe (1), si elles ont été faites au profit du même légataire, soit en les partageant entre les deux légataires, ce qui est toujours possible quelle que soit la nature des différents legs.

Il est vrai que les auteurs citent les deux hypothèses d'incompatibilité matérielle ci-dessus rapportées, à titre d'*exemples* seulement, ce qui permettrait de supposer qu'il peut y avoir une série indéfinie de cas de cette nature. Mais il n'en est rien, la série ne comprend que les deux exemples cités, et nous croyons qu'on en chercherait vainement d'autres (2).

373. Par conséquent lorsqu'on pose la question de savoir s'il faut, pour qu'il y ait révocation tacite, que l'incompatibilité ou la contrariété de deux dispositions soit *matérielle*, ou s'il suffit qu'elle soit *intentionnelle* (3), on pose une question qui n'existe pas en réalité dans la formule générale et abstraite qu'on lui donne.

Ramenée à une formule concrète, la difficulté consisterait à savoir s'il ne peut y avoir de révocation tacite que dans le cas où le testateur, après avoir légué purement et simplement une chose en pleine propriété, léguerait ensuite la même chose à la même personne, en usufruit seulement ou conditionnellement, ou bien s'il ne peut pas au contraire y avoir révocation tacite, dans tous les autres cas où l'intention de

(1) Demolombe, t. XXII, n° 170.
(2) Comp. Demolombe, t. XXII, n° 170.
(3) Voy. Demolombe, t. XXII, n° 169 ; Laurent, t. XIV, n° 204.

révoquer apparaîtra clairement. C'est dans ce dernier sens que la jurisprudence a tranché une question qui n'avait été obscurcie que par la formule trop large dont on l'avait revêtue. La Cour de cassation a reconnu que : « La loi n'exige pas que l'incompatibilité, ou la contrariété soient matérielles, elles peuvent résulter de l'intention clairement manifestée du testateur, dans son second testament, de ne point laisser subsister simultanément les dispositions qu'il renferme et celles par lui précédemment faites (1). » De là il suit que les juges du fait doivent décider souverainement les questions d'abrogation (2). Néanmoins on rencontre encore des arrêts où on lit que : « La révocation d'une disposition testamentaire ne peut résulter d'une disposition postérieure qu'autant que celle-ci est tellement contradictoire avec la première que l'exécution simultanée des deux legs serait impossible (3), » ce qui est la négation de la possibilité d'une révocation tacite purement intentionnelle.

De ce que toutes les dispositions contenues dans deux testaments successifs, sauf les deux cas particuliers qui ont été signalés, peuvent toujours, en droit, être considérées comme étant susceptibles d'exécution simultanée, et que, néanmoins la loi admet la possibilité d'une révocation purement intentionnelle résultant d'un second testament, il faut nécessairement reconnaître :

1° Qu'il ne saurait jamais être question pour le juge de vérifier si, d'une manière générale (*in thesi*), les deux dispositions qui lui sont soumises, sont ou ne sont pas théoriquement susceptibles d'exécution simultanée ;

2° Mais seulement de vérifier si, dans le cas particulier qui

(1) Cass. 10 mars 1851 ; D. 51, 1, 74 ; Cass. 13 juin 1883, D. 84, 1, 159 ; Cass. 23 juill. 1883, D. 84, 1, 123 ; Cass. 21 nov. 1888, D. 89, 1, 181.

(2) *Ibid.*, Cass. 3 avr. 1889, D. 89, 1, 461.

(3) Bourges, 30 avr. 1879, D. 82, 1, 199.

lui est soumis (*in hypothesi*), le testateur a eu ou n'a pas eu l'intention de déroger à son premier testament par le second.

374. Ces principes de solution étant posés, voyons maintenant comment les juges exercent le pouvoir d'appréciation qui leur appartient en pareille matière.

Supposons d'abord deux legs universels résultant de deux testaments successifs, ne contenant d'ailleurs aucune autre disposition. C'est comme s'il y avait eu deux institutions successives d'héritier, surtout quand il n'y a pas de réservataires.

En droit romain il n'y avait pas de question; la seconde institution abrogeait la première. En droit français on a jugé que le testateur peut avoir eu l'intention d'associer le second légataire universel au premier, et que, par suite, les deux legs universels pourront légalement coexister si le juge du fond, usant du pouvoir d'interprétation qui lui appartient, décide que ces deux legs n'étaient pas inconciliables dans la pensée du testateur (1). Mais les auteurs ne manquent pas de faire remarquer, avec raison, que si une telle solution est admissible quand les deux testaments émanent d'une personne ayant certaines connaissances juridiques, il en est autrement dans le cas contraire. Un testateur qui ne sait pas le droit s'imaginera difficilement que lorsqu'il dit: *je lègue tous mes biens à Pierre*, cela puisse signifier que Pierre devra les partager avec Paul auquel il les avait légués par un précédent testament (2). Nous irons plus loin, et nous dirons qu'un testateur jurisconsulte, pour qui le sens juridique n'est pas distinct du sens commun, aura absolument la même manière de voir. C'est donc la présomption de révocation qui devrait l'emporter dans tous les cas (3), à moins que le testateur n'eût em-

(1) Cass. 7 juill. 1886, D. 87, 1, 75; Liège, 24 fév. 1881, *Pas.*, 81, 2, 249.

(2) Laurent, t. XIV, n° 209; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 640.

(3) Demolombe, t. XXII, n° 173; Colmet de Santerre, t. IV, n° 183 *bis*; Besançon, 9 mars 1881, D. 81, 2, 185; Cass. 21 novembre 1888, D. 89, 1, 181.

ployé une formule impliquant le maintien du premier testament. C'est en définitive la solution du droit romain sur le premier point, et sur le second celle des constitutions impériales qui avaient trouvé le moyen, tout en maintenant la rupture du premier testament, de faire produire effet à la clause : *ut valeat prius testamentum*, insérée dans le second (1). Il y a seulement cette différence que la solution reçue en droit romain résultait d'une règle précise, tandis que celle qui peut être adoptée en droit moderne dérive d'une interprétation de la volonté du testateur.

Si le legs universel révoqué dans les conditions que nous venons d'indiquer, était grevé de legs particuliers non reproduits dans le second testament, ces legs particuliers devraient aussi être présumés intentionnellement révoqués. En droit romain, la rupture du premier testament avait toujours lieu pour le tout. En droit moderne il faudra adopter la même solution chaque fois qu'il résultera des faits, que le testateur a voulu procéder dans son second testament à une distribution unique et complète de sa fortune (2). On peut admettre néanmoins qu'il a entendu maintenir les legs ayant un caractère rémunératoire (3).

375. Donc si le testateur qui a d'abord institué un légataire universel se borne, dans son second testament, à désigner un légataire à titre universel, il n'a pas eu la volonté de distribuer toute sa fortune, et le legs universel continue de subsister grevé du legs à titre universel et avec la chance de profiter de la caducité de ce dernier legs. Il en sera de même, à plus forte raison, si le second legs est fait à titre particu-

(1) Voy. *Inst. Just.*, lib. II, tit. 17, *Quib mod. testam. infirm.*, §§ 2 et 3.

(2) Cass. 23 juill. 1883, D. 84, 1, 123 ; DEMOLOMBE, t. XXII, n° 180 ; LAURENT, t. XIV, n°s 208, 211 et 312 ; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 725, note 17.

(3) Cass. 19 juill. 1841, D. 41, 1, 308.

lier au profit d'un nouveau légataire. On a pu juger cependant qu'un testament ne contenant que des legs particuliers avait révoqué un legs universel antérieur, s'il résultait des dispositions nouvelles que l'intention du testateur avait été d'en faire l'expression complète de sa volonté dernière (1).

Mais que décider si le legs particulier s'adresse au légataire universel lui-même? Une Cour semble avoir vu dans cette hypothèse un cas où l'exécution simultanée des deux legs est impossible (2). C'est précisément tout le contraire; c'est l'exécution séparée qui est impossible; l'exécution simultanée résulte au contraire forcément de ce que le legs universel absorbant le legs particulier, la délivrance du premier, quand elle est nécessaire, emporte la délivrance du second; et si la délivrance du legs universel n'est pas nécessaire parce qu'il n'y a pas d'héritiers réservataires, le légataire universel étant saisi de la totalité, le legs particulier se trouve de plein droit exécuté vis-à-vis de lui. Donc si le legs universel, dans l'espèce examinée, doit être considéré comme révoqué, ce n'est pas à cause d'une prétendue impossibilité d'exécution simultanée des deux dispositions en conflit, mais parce que le testateur qui lègue seulement une portion déterminée de sa fortune à celui qu'il avait d'abord institué légataire universel, montre qu'il n'entend plus donner l'excédant à ce dernier, et qu'il a changé de volonté (3).

376. Du principe ci-dessus formulé que le premier testament doit être considéré comme révoqué lorsque le testateur a voulu procéder dans son second testament à une distribution complète de sa fortune (4), il suit qu'un legs à titre universel est

(1) Cass. belge, 9 juin 1881, *Pas.*, 81, 1, 305.
(2) Bourges, 30 avr. 1879, D. 82, 1, 199.
(3) LAURENT, t. XIV, n° 213.
(4) Arrêt précité de Cass. du 23 juill. 1883.

révoqué par l'institution d'un légataire universel faite dans un testament postérieur (1).

Mais, par l'effet du même aperçu, il n'y aura pas révocation si le second legs est également à titre universel, et que chacun des deux legs, avec la quotité à laquelle il s'applique, puisse être exécuté, comme si le testateur, n'ayant pas d'héritier à réserve, a légué, par chaque testament, la moitié de ses biens à deux légataires différents. Dans le cas contraire, par exemple quand un testateur ayant trois enfants lègue à deux personnes différentes, par deux testaments successifs, le quart de ses biens, il est rationnel de considérer le premier legs comme ayant été révoqué par le second. Dans la même hypothèse, si le second legs était d'une quotité inférieure à celle du premier, ou était seulement à titre particulier, il faudrait le considérer comme étant une simple charge du premier (2).

377. Supposons maintenant que le conflit existe entre deux dispositions à titre particulier.

Les deux dispositions peuvent concerner le même légataire. Si le testateur lègue à une même personne deux choses ou deux sommes différentes dans deux testaments successifs, il est arbitraire de supposer, sauf indice contraire résultant des circonstances, ou des énonciations relatives au but final des legs, que le testateur a entendu remplacer le premier par le second. Il est plus probable qu'il a voulu plutôt ajouter le second au premier (3). Il en serait autrement si le second legs impliquait par lui-même une diminution du premier, par exemple si le testateur après avoir d'abord fait à son débiteur, par un premier legs, remise de sa dette entière, lui léguait

(1) Demolombe, t. XXII, n° 177 ; Laurent, t. XIV, n° 210.

(2) Demolombe, *loc. cit.*, n°s 178 et 179.

(3) Aubry et Rau, § 725 ; Demolombe, t. XXII, n° 197 ; Comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 183 *bis* II ; *Contrà*, Laurent, t. XIV, n°s 215, 217 ; Voy. Anvers, 27 avr. 1888, *Pas.*, 88, 3, 351.

ensuite dans un deuxième testament, les intérêts seulement dont il se trouverait tenu au jour du décès.

Si le même corps certain a été légué par deux testaments successifs à deux légataires différents, il paraît, sauf indice contraire, que le testateur qui, en définitive, a légué la propriété entière, sans partage, de l'objet envisagé, n'a pas entendu associer les deux légataires dans la propriété, et a révoqué lepremier legs (1).

378. Remarquons, en terminant nos explications sur l'article 1036, que ce texte statue en vue d'une révocation résultant d'un testament *postérieur*. Or il n'y a pas de testament *postérieur*, si les deux testaments en conflit sont absolument de la même date, sans que rien ne révèle l'ordre chronologique suivant lequel ils ont été faits. Donc on ne peut pas dire que l'un a révoqué l'autre, et ils doivent tous les deux être exécutés concurremment (2).

Remarquons encore que quoique le texte de l'art. 1036 parle seulement du cas où la révocation résulte d'un *testament*, la révocation pourrait pareillement résulter d'une institution contractuelle (3).

§ 3. — Révocation tacite résultant de l'inefficacité du second testament, de l'aliénation de la chose léguée ou d'autres circonstances.

379. — Cas où le testament qui révoque reste sans effet, art. 1037.
380. — Révocation tacite en cas d'aliénation volontaire de la chose léguée, art. 1038;
381. — N'a pas lieu dans les cas d'aliénation non volontaire.

(1) Aubry et Rau, § 725 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 183 *bis* I; Demolombe, t. XXII, n° 184; Laurent, t. XIV, n° 216; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 640.

(2) Cass. 17 août 1876, D. 78, 1, 148; Demolombe, t. XXII, n° 203.

(3) Cass. 25 avr. 1887, D. 88, 1, 169; Demolombe, t. XXII, n° 188 et les autorités citées.

382. — Donation au légataire de la chose léguée.
383. — Révocation maintenue même quand l'aliénation est nulle.
384. — Révocation tacite résultant de la destruction du testament.
385. — Application à la lacération de l'acte réglant les conditions des funérailles.

379. Le testateur qui révoque ses précédentes dispositions par un nouveau testament, compte naturellement que les volontés par lui exprimées en dernier lieu, recevront leur exécution. Qu'arrivera-t-il si l'événement vient à tromper son attente? La révocation de ses dispositions précédentes continuera-t-elle de produire son effet?

Il en sera ce que le testateur aura voulu; mais pour le cas où sa volonté à cet égard n'aurait pas été suffisamment manifestée, la loi a voulu tracer au juge une règle de conduite :

ART. 1037. La révocation faite dans un testament postérieur aura tout son effet, quoique ce nouvel acte reste sans exécution par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire, ou par leur refus de recueillir.

Aux deux hypothèses prévues par le texte, il convient d'ajouter :

1° Celle du prédécès du second légataire (1);

2° Celle de son indignité ou de son ingratitude (art. 1046, 1047);

3° Celle où la seconde disposition serait affectée de nullité comme s'adressant à une personne incertaine (2) renfermant une substitution prohibée (3), car malgré la nullité de la substitution, le testament demeure l'expression de la volonté du testateur, et c'est cette volonté qui doit finalement prévaloir.

Mais pour que cette volonté puisse prévaloir, il faut qu'elle

(1) Douai, 8 août 1887, S. 88, 2, 62.
(2) Liège, 14 mars 1873, *Pas.*, 74, 2, 263.
(3) DEMOLOMBE, t. XXII, n° 206 ; LAURENT, t. XIV, n° 196 ; *Contrà*, BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 641.

existe. L'art. 1037 est donc inapplicable, lorsque la nullité des nouvelles dispositions résulte :

1° D'un vice de forme;

2° D'un vice de volonté chez le testateur, et par voie de conséquence de la violation des art. 907 et 909 qui supposent que la volonté du testateur n'a pas été libre;

3° Lorsque la seconde disposition étant subordonnée à une condition soit suspensive, soit résolutoire se trouve anéantie par le défaut d'accomplissement de la condition suspensive, ou résolue par l'événement de la condition résolutoire (1).

Enfin on est d'accord pour reconnaître que l'art. 1037, d'après la place qu'il occupe, régit aussi bien la révocation tacite que la révocation expresse.

380. La révocation tacite peut quelquefois résulter avec évidence de certains faits caractéristiques posés par le testateur en dehors de toutes dispositions écrites, par exemple quand il aliène la chose qu'il avait d'abord léguée :

ART. 1038. Toute aliénation, celle même par vente avec faculté de rachat ou par échange, que fera le testateur de tout ou de partie de la chose léguée, emportera la révocation du legs *pour tout ce qui a été aliéné*, encore que l'aliénation postérieure soit nulle, et que l'objet soit rentré dans la main du testateur (*).

Dans l'ancien droit, la présomption de révocation ne s'appliquait :

Ni dans le cas de vente de la chose léguée avec faculté de rachat;

Ni dans le cas d'échange de la même chose.

C'est pour rendre inutiles les procès souvent fort difficiles à juger sur le point de savoir quelle avait été dans ces hypothèses la véritable intention du testateur, que le Code a établi comme règle absolue, que l'aliénation de la chose léguée

(*) Art. 1038. — L. 28 § 1, L. 15, 18, D. 34, 4, *De adim. leg.*; L. 11, § 2, D. 32, 1, *De leg.*, 3°.

(1) DEMOLOMBE, t. XXII, nos 206 *bis*, 158 et 186; Comp. AUBRY et RAU, § 725, p. 191; COLMET DE SANTERRE, t. IV, no 184 *bis* II.

emporterait toujours révocation du legs. Mais cela n'empêche pas que le donateur ne puisse, quand il aliène la chose, déclarer que son intention est de maintenir le legs. Le légataire aura alors droit au prix de la chose léguée en remplacement de la chose elle-même. Mais il ne pourra réclamer ce prix que comme légataire, en vertu d'un testament. Il suit de là que la déclaration dont il s'agit ne pourra être faite utilement que dans un acte testamentaire, et non dans l'acte même d'aliénation (1).

L'art. 1038 ne concerne que les legs de corps certains ou de choses ; il laisse donc en dehors de son application les legs universels ou à titre universel. Les légataires universels ou à titre universel continueront donc d'avoir droit aux choses léguées qui rentreraient dans le domaine du testateur ; ils auront droit encore aux actions en nullité ou en rescision ayant leur principe dans l'aliénation consentie.

Notre article n'est d'ailleurs applicable qu'aux aliénations volontaires, et non à celles que le testateur a été lui-même obligé de subir. Peu importe que l'aliénation volontaire n'ait eu lieu qu'à titre gratuit. L'institution contractuelle doit, sous ce rapport, être assimilée à une aliénation entre-vifs.

La constitution d'un droit réel sur la chose léguée, ou son aliénation partielle n'emporte pas révocation du legs qui continue de subsister sur la chose ainsi diminuée (2). Il faut en dire autant des changements, réparations ou améliorations qui laissent subsister la chose.

Si l'aliénation est faite sous condition résolutoire, elle produit son effet immédiatement et emporte révocation. Si elle est au contraire faite sous une condition suspensive qui ne se réalise pas, il n'y a pas révocation, la volonté

(1) Laurent, t. XIV, n° 220.
(2) Bruxelles, 22 mai 1871, *Pas.*, 71, 2, 287.

d'aliéner était incertaine, la révocation devait l'être aussi (1).

381. Une aliénation que le testateur a été obligé de subir ne saurait, avons-nous dit, entraîner révocation des legs par lui faits. Cette observation s'applique :

1° Aux adjudications prononcées à la suite de saisies pratiquées par les créanciers du testateur ; si le testateur recouvre la chose, le legs vaudra ;

2° Aux expropriations pour cause d'utilité publique ;

3° Aux partages ou licitations ;

4° Aux conversions de titres de rente sur l'Etat. Ainsi un legs de titres de rente 4 1/2 appartenant au testateur au moment de la confection de son testament, doit recevoir son exécution, même dans le cas où le testateur, postérieurement à la date du testament, aurait accepté, par suite d'une conversion de la rente, des titres à un taux inférieur. C'est une transformation qu'il a plutôt subie qu'acceptée. On peut même dire qu'il n'y a pas eu aliénation, mais seulement acquiescement à une réduction du taux de l'intérêt. Le legs doit donc recevoir exécution à concurrence des titres nouveaux trouvés dans la succession (2).

Que faut-il décider quant aux aliénations, faites d'ailleurs dans les formes légales et pour les besoins d'une bonne administration, par le tuteur d'un testateur devenu interdit ? Il n'y a aucun acte de volonté émané du testateur lui-même ; donc il n'y a pas révocation ; d'un autre côté si la chose rentre dans le patrimoine du donateur et s'y trouve au moment de son décès, il n'y a pas caducité, et le légataire pourra la réclamer. Si au contraire la chose ne se retrouve pas à ce moment dans la succession, il y a caducité, et le légataire

(1) Aubry et Rau, § 725, note 30 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 185 *bis* I ; Demolombe, t. XXII, n°s 217, 218 ; Laurent, t. XIV, n° 225.

(2) Trib. Gand, 26 nov. 1881, *Pas.*, 81, 3, 282.

qui ne peut pas la réclamer ne peut pas davantage en demander le prix ou la valeur qui ne lui ont pas été légués (1).

Il peut donc arriver que le legs se trouve ainsi annihilé au préjudice du légataire. Mais ce dernier avait déjà, comme nous l'avons vu, sinon un droit sur la chose léguée, du moins une expectative de droit présentant une certaine consistance (Voy. ci-dessus, n° 335). Il pourra donc s'opposer à l'aliénation poursuivie par le tuteur, si cette aliénation n'est pas rendue nécessaire par les besoins d'une bonne administration ; ainsi une Cour a permis à un légataire particulier de former tierce opposition au jugement qui, homologuant la délibération du conseil de famille, avait autorisé la vente des objets compris dans le legs (2).

382. Si une donation entre-vifs de la chose léguée avait été faite au légataire lui-même, le legs serait plutôt confirmé que révoqué, et le bénéfice pourrait en être réclamé par le légataire, si, pour une cause quelconque, la donation ne produisait pas son effet, àmoins qu'elle n'eût été faite sous des conditions ou charges qui n'étaient pas imposées au legs (3).

383. Le fait de l'aliénation volontaire fournissant la preuve que le testateur a changé de volonté, il en résulte que la révocation du legs antérieur doit être maintenue quand même cette aliénation *serait nulle*, dit l'art. 1038. Mais certaines précisions sont nécessaires.

Il faut d'abord que le testateur ait pu donner un consentement, ce qui ne serait pas le cas s'il était en état d'interdiction ; il faut de plus que le consentement donné à l'aliénation

(1) Demolombe, t. XXII, n°s 238, 239 et 240 ; Comp. Laurent, t. XIV, n° 222 et la note 1 ; Aubry et Rau, § 725, texte et notes 46 et 47 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 185 *bis* I ; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 646 ; Cass. 19 août 1861, D. 62, 1, 321.

(2) Angers, 29 mars 1838, Dalloz, *Jurisp. gén.*, v° *Tierce-opp.*, n° 175 ; v° *Disp. entre-vifs*, n° 217.

(3) Demolombe, t. XXII, n° 220 ; Laurent, t. XIV, n°s 231, 233 et les autorités citées.

par le testateur ne lui ait pas été extorqué par la violence; si non, le même vice qui empêcherait l'aliénation empêcherait aussi la révocation. Il faut en dire autant de l'erreur, à moins qu'elle ait porté seulement sur la personne du donataire.

Quand la volonté d'aliéner a été libre et exempte d'erreur, la révocation a lieu quelle que soit la cause de la nullité de l'aliénation, qu'elle dérive de l'incapacité de l'aliénateur, ou de l'indisponibilité de la chose qui serait, par exemple, frappée de dotalité (1).

Mais que décider si l'acte d'aliénation est entaché d'un vice qui l'empêche d'exister juridiquement; s'il s'agit par exemple d'une donation de la chose léguée faite sous seing privé ou non acceptée? On soutient que dans ce cas la révocation doit encore avoir lieu parce que la loi ne distingue pas, et que la donation quoique non avenue *ob defectu formæ* fournit cependant la preuve du changement de volonté (2). Ainsi un acte sous seing privé qui, d'après l'article 1035, serait impuissant à révoquer un testament *d'une manière expresse*, aurait la vertu d'opérer cette même révocation *d'une manière tacite*, s'il contenait la mention d'une donation!..... Il faut dire que dans le cas envisagé la prétendue donation n'est pas seulement nulle mais inexistante, et ne saurait dès lors impliquer une volonté quelconque (3).

384. De ce qu'un écrit est nécessaire pour l'existence d'un testament, il suit que la destruction volontaire par le testateur de l'écrit contenant le testament, révoque ce testament lui-même (4).

Un testament olographe lacéré ou bâtonné de haut en bas

(1) Cass. 25 avr. 1887, D. 88, 1, 169.

(2) DEMOLOMBE, t. XXII, n° 227; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 643.

(3) LAURENT, t. XIV, n° 232.

(4) Cass. 15 mai 1878, D. 79, 1, 32.

sera donc considéré comme anéanti. Si quelques dispositions seulement étaient biffées, la signature et la date restant intactes, celles-là seules seraient révoquées. Mais toute lacération de son testament faite par le testateur n'impliquera pas nécessairement, par elle-même, la volonté d'anéantir cet acte. L'intention qui a présidé à la lacération opérée devra être recherchée dans la nature de cette lacération et les circonstances de la cause (1). Ce sera là une question de fait (2).

Ainsi quand il y a plusieurs exemplaires, la révocation ne sera présumée que si tous les exemplaires ont été lacérés ou biffés. Mais cela suppose que tous les exemplaires étaient demeurés au pouvoir du testateur. Donc si un seul exemplaire était resté en sa possession et avait été lacéré ou cancellé par lui, on pourrait présumer la révocation.

Les mêmes règles s'appliquent au testament mystique que le testateur aurait gardé en sa possession, ainsi qu'à la lacération ou à la cancellation de la minute d'un testament public, si, par une circonstance quelconque, le testateur avait pu l'avoir à sa disposition.

385. Nous savons que toute déclaration faite par une personne, en vertu de la loi du 18 novembre 1887, concernant le caractère et les conditions de ses funérailles est soumise aux mêmes règles que les dispositions relatives aux biens, quant aux conditions de sa révocation (art. 3).

Une telle déclaration peut être révoquée expressément ou tacitement. Ainsi la révocation tacite d'un écrit régulier prescrivant des funérailles purement civiles, peut résulter du fait de réclamer et recevoir les secours d'une religion, pourvu qu'en le faisant le testateur ait eu la pleine possession de ses facultés et accompli un acte libre et raisonné de sa volonté, un acte impliquant la révocation incontestable de ses volon-

(1) Cass. 23 janv. 1888, D. 88, 1, 149.
(2) Gand, 27 juin 1883, *Pas.*, 84, 2, 56.

tés antérieures (Voy. t. Ier, n° 348). Des cérémonies religieuses pratiquées chez le défunt lors de ses derniers moments ne pourraient valoir comme révocation des instructions par lui consignées dans un acte de dernière volonté (1).

Que faut-il penser de la lacération volontaire de cet acte, ou de sa cancellation résultant de ce qu'il a été biffé ou bâtonné? Si l'acte contient principalement une disposition relative aux biens et accessoirement une déclaration concernant les funérailles, la lacération de l'acte qui a une signification précise en ce qui concerne les biens, n'en a aucune en ce qui concerne les funérailles; ainsi la lacération d'un testament olographe par lequel le testateur avait en même temps distribué son patrimoine et réglé les conditions de ses funérailles religieuses, n'implique pas nécessairement qu'il a voulu précisément le contraire de ce qu'il avait d'abord prescrit, et être enterré civilement. Il faut assimiler ce cas à celui où le défunt n'ayant laissé aucune manifestation valable de volonté concernant ses funérailles, c'est aux héritiers à y pourvoir selon qu'ils le jugeront convenable, et la justice interviendra s'ils ne sont pas d'accord (2).

La lacération de l'écrit relatif aux funérailles ne peut donc avoir de signification que lorsque cet écrit est spécial aux funérailles et ne contient aucune disposition relative aux biens. Quelle est alors sa signification?

La difficulté vient de ce que la lacération d'un acte concernant les funérailles ne peut être assimilé à la lacération d'un acte concernant les biens. Quand il s'agit des biens, la loi en a réglé la dévolution *ab intestat;* donc celui qui révoque son testament en le lacérant, s'en réfère nécessairement pour la distribution de ses biens à la loi sur les sucessions *ab intestat.* Pour les funérailles il en est autrement; la loi ne contient des

(1) Trib. Bruxelles, 21 juill. 1891, *B. J.*, 91, 991.
(2) Angers, 7 avr. 1884, D. 85, 2, 125.

règlements que pour la *sépulture*, c'est-à-dire pour le fait de l'ensevelissement dans l'intérieur d'un cimetière, ou de la *crémation* qui est facultative. Si donc le défunt ne s'était occupé que du mode de sa sépulture, et avait par exemple choisi la crémation, on pourrait admettre qu'en détruisant l'écrit qu'il avait d'abord rédigé dans ce but unique, il a finalement opté pour le mode ordinaire.

Mais la loi ne réglemente en aucune façon le caractère des funérailles. Par conséquent on ne peut pas dire que le défunt a pu envisager un mode *ab intestat* auquel il se serait en quelque sorte référé. D'un autre côté il serait peut-être téméraire d'affirmer, qu'en lacérant l'écrit qu'il avait rédigé, il a précisément opté pour les funérailles ayant un caractère opposé à celui qu'il avait d'abord préféré, qu'il a voulu être enterré civilement s'il avait d'abord déclaré vouloir des funérailles religieuses et réciproquement. En définitive, celui qui lacère son testament dit forcément quelque chose, il adhère à la dévolution légale des biens *ab intestat :* celui qui détruit l'acte qu'il avait rédigé uniquement en vue de ses funérailles ne dit rien; il retombe dans le silence qui est celui de la loi sur ce point; les héritiers auront à voir ce qu'ils ont à faire.

§ 4. — Caducité des dispositions testamentaires.

386. — Caducité résultant du prédécès du légataire dans le cas d'un legs pur et simple, art. 1039 ;
387. — Ou dans le cas d'un legs conditionnel, art. 1040 et 1041.
388. — Du terme incertain dans les legs ; pouvoirs du légataire conditionnel ou à terme.
389. — Applications de la règle catonienne.
390. — Caducité résultant de la perte de la chose léguée, art. 1042.
391. — Prétendue caducité résultant de la cessation des motifs qui ont inspiré le legs.
392. — Incapacité du légataire, ou son refus de recueillir le legs, art. 1043.

386. Passons maintenant à un autre ordre d'idées.

Nous avons vu que l'art. 1037 prévoit le cas où un testament restera sans exécution : « par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire, ou par leur refus de recueillir. » Dans ces deux cas la disposition tombe (*cadit*), elle devient caduque.

Il y a une troisième cause de caducité provenant encore de la personne du légataire :

ART. 1039. Toute disposition testamentaire sera caduque, si celui en faveur de qui elle est faite, n'a pas survécu au testateur (*).

Cette solution repose sur ce fait que le legs est une libéralité qui est, en général, motivée par la considération de la personne du légataire dénommé ; d'où il suit :

1° Que l'art. 1039 ne s'applique pas au legs fait au représentant d'une personne morale pris en cette qualité, mais destiné à la personne morale elle-même (1) ;

2° Que l'art. 1039 n'est pas davantage applicable lorsqu'il apparaît en fait, dans telle hypothèse donnée, que le testateur a eu l'intention de gratifier les enfants du légataire ou même un autre légataire déterminé, au cas où le premier légataire désigné ne pourrait pas recueillir le legs (2) ;

3° Que l'art. 1039 ne s'applique pas non plus quand le prétendu legs n'est pas une libéralité, mais est seulement la reconnaissance sincère d'une véritable dette. Cette reconnaissance constitue un aveu qui lie l'héritier du testateur en cas de prédécès du légataire (3).

387. La règle de l'art. 1039 suppose qu'il s'agit d'un legs pur et simple. Si le legs est conditionnel, il ne suffit pas que

(*) Art. 1039. — L. 77 § 15, D. 30, 1. *De leg.*, 1°; L. *unic.* § 9, C. 6, 51, *De caduc. toll.*

(1) Paris, 21 mai 1890, D. 91, 2, 239.

(2) Cass. 24 avr. 1882, D. 83, 12; Liège, 20 fév. 1869, *Pas.*, 69, 2, 333.

(3) POTHIER, *Donat. testament.*, n° 306 ; LAURENT, t. XIV, n° 279 ; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XXII, n° 304.

le légataire survive au testateur, il faut encore qu'il vive au moment où la condition s'accomplit :

ART. 1040. Toute disposition testamentaire faite sous une condition dépendante d'un événement incertain, et telle, que, dans l'intention du testateur, cette disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'événement arrivera ou n'arrivera pas, sera caduque, si l'héritier institué ou le légataire décède avant l'accomplissement de la condition (*).

ART. 1041. La condition qui, dans l'intention du testateur, ne fait que suspendre l'exécution de la disposition, n'empêchera pas l'héritier institué, ou le légataire, d'avoir un droit acquis et transmissible à ses héritiers (**).

Dans le cas envisagé par l'art. 1041 il s'agit d'un *terme* et non d'une *condition*. De cet article et du précédent résulte cette règle qu'il faut avant tout rechercher l'intention du testateur et ne pas s'attacher uniquement à la formule, peut-être inexacte, dont il s'est servi, pour savoir s'il a voulu faire un legs à terme ou sous condition.

Quand le legs est pur et simple, le droit au legs s'ouvre et est à la fois transmissible et exigible dès le décès du testateur (*dies cedit*).

Si le legs est à terme, le droit au legs s'ouvre pour le légataire et devient transmissible à ses propres héritiers (*dies cedit*) dès le décès du testateur ; mais le legs ne sera exigible qu'à l'arrivée du terme (*dies venit*) ; (Voy. ci-dessus, n° 8).

Dans le legs soumis à une condition suspensive, le droit au legs ne s'ouvrira que le jour de l'accomplissement de la condition.

Dans le cas de condition résolutoire, le droit au legs s'ouvre dès le décès du testateur ; l'obligation d'en opérer la délivrance naît immédiatement, car elle est pure et simple ; c'est sa résolution qui est conditionnelle ; *pura, quæ sub conditione resolvitur* (Voy. ci-dessus, n° 9).

La condition envisagée consiste le plus souvent dans un

(*) Art. 1040. — L. 5, D. 36, 2, *Quando dies leg.* ; L. 59 pr. § 1, 2, D. 35, 1, *De condit. et demonstr.*

(**) Art. 1041. — L. 5, D. 36, 2, *Quando dies leg.* ; L. 17, D. 50, 17, *De diver. reg.*

événement devant se réaliser après la mort du testateur. Mais cela n'est pas essentiel, et il peut arriver qu'une condition, licite d'ailleurs, puisse se réaliser du vivant du testateur lui-même. Ainsi le testateur fait un legs à condition que le donataire l'entretiendra jusqu'à sa mort. Si c'est une charge acceptée par le légataire désigné, il y aura contrat à titre onéreux déguisé sous la forme testamentaire, et ce contrat sera nul comme renfermant un pacte sur une succession future.

Si c'est une simple condition, lors même que le légataire en aurait connaissance, s'il n'a accepté en aucune manière l'obligation d'entretien, le legs sera valable (1).

388. On fait observer que, dans les testaments, le terme incertain, c'est-à-dire l'événement futur et certain en soi, mais dont la date est incertaine, opère comme le ferait une condition (2). Tel serait le cas d'un legs fait à une personne *pour l'époque* de sa majorité, ou pour celle de la mort d'une autre personne. Si le légataire meurt avant l'événement envisagé, le legs sera caduc comme dans le cas de la condition proprement dite. Mais dans l'exemple susvisé, il y a réellement une condition, c'est comme si le testateur avait dit : Je lègue la somme de... à telle personne à la condition qu'elle atteindra sa majorité (3) ou qu'elle survivra à telle autre personne; la somme dont s'agit sera donc payée au décès de cette dernière (4).

Si au contraire le testateur avait dit : « Je lègue la somme de... à telle personne pour lui être payée ou qu'elle recevra au décès de telle autre personne », il serait impossible de considérer le terme incertain indiqué pour le paiement, comme équivalant à une condition. Quand même le légataire décéde-

(1) Cass. 22 mars 1882, D. 83, 1, 76.
(2) L. 75, D. 35, 1.
(3) Cass. 20 déc. 1892, D. 93, 1, 117.
(4) Voy. Paris, 21 mai 1890, D, 91, 2, 239.

rait avant la personne dont le décès a été mentionné, il transmettrait le legs à ses héritiers. Ce qui revient à reconnaître qu'il faut toujours rechercher quelle a été la véritable intention du testateur.

Du reste le terme, même incertain, résultant seulement de la nature des choses ou des principes du droit, ainsi que les conditions tacites présentant le même caractère, ne rendent pas la disposition conditionnelle, en ce sens que le légataire, malgré un terme ou une condition de cette nature, a toujours droit à la chose léguée dès le décès du testateur et le transmet à ses propres héritiers (1).

Le légataire conditionnel ou à terme peut exercer des actes conservatoires avant l'accomplissement de la condition ou l'arrivée du terme, sans pouvoir cependant, du moins en principe, demander une caution aux autres héritiers ou débiteurs du legs.

Le legs fait sous une condition potestative négative, de telle sorte qu'on ne pourra savoir qu'après la mort du légataire s'il n'y a pas contrevenu, ne sera pas suspendu par une telle clause qui est plutôt constitutive d'un simple *mode*. Le légataire pourra donc réclamer la délivrance immédiate de la chose léguée, sans être tenu de fournir, comme en droit romain, la caution dite *mucienne* (2).

Les juges du fait sont souverains pour apprécier l'étendue et la portée des conditions imposées à un legs. Quand elles sont accomplies dans le sens que le testateur l'a entendu, elles ont un effet rétroactif au jour du décès de ce dernier, en ce sens du moins que les aliénations ou constitutions de droits réels consenties par l'héritier *medio tempore*, seraient résolues comme son propre droit. Mais cela ne veut pas dire qu'il faille, pour apprécier le legs, se placer au moment du décès ni au moment de la confection du testament.

(1) Demolombe, t. XXII, n° 313 ; Laurent, t. XIII, n° 545.
(2) Voy. Demolombe, t. XXII, n° 317.

389. Il peut se faire, en effet, qu'en se plaçant à ces deux époques, on reconnaisse qu'un legs doit être déclaré nul par application de la règle catonienne. Or la condition aura précisément pour effet de soustraire le legs qui en sera affecté à l'application de cette règle.

Quelques explications sont nécessaires sur ce point. Nous avons vu plus haut (*Suprà*, n° 120), que la règle catonienne n'était pas une règle de capacité; elle avait uniquement en vue certains legs ne pouvant recevoir leur exécution, si le testateur décédait immédiatement après la confection du testament, à raison d'un vice momentané ou susceptible de disparaître, inhérent à la chose léguée. La règle décidait que si le vice venait à disparaître dans l'intervalle écoulé entre la confection du testament et le décès du testateur, le legs demeurait nul s'il était pur et simple, et serait au contraire valable s'il était fait conditionnellement.

La règle générale : *quod ab initio vitiosum est tractu temporis convalescere nequit* (1), est évidemment fondée sur la raison. Mais cette règle, si on veut l'appliquer aux legs, n'indique pas l'époque à laquelle existe l'*initium* d'un legs. Or, cet *initium* pouvant facilement se placer à la mort du testateur, il fallut pour dissiper toute équivoque à ce sujet formuler la règle catonienne :

Quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret; id legatum quandocumque decesserit non valere (2).

Mais ainsi formulée, la règle catonienne rentrait manifestement dans la précédente (3).

Par conséquent si le testateur avait, par exemple, légué une chose qui appartenait déjà au légataire, le legs était nul et devait rester nul, quand même la chose aurait cessé d'ap-

(1) L. 29, D. 50, 17, *De reg. juris.*
(2) L. 1 pr., D. 37, 7, *De reg. caton.*
(3) Massol, *loc. cit.*, p. 66.

partenir au légataire au moment du décès du testateur. Mais il n'en était ainsi que pour les legs faits purement et simplement.

Les legs conditionnels impliquant l'expectative d'un événement susceptible d'accomplissement après la mort du testateur, échappaient logiquement à l'application de la règle catonienne, et par suite étaient valables si l'obstacle qui empêchait leur exécution avait disparu au moment de l'accomplissement de la condition.

Remarquons que ces résultats étaient en parfaite harmonie avec la volonté probable du testateur. Sans doute celui qui fait son testament se flatte le plus souvent qu'il vivra encore longtemps, mais il sait aussi qu'il peut mourir immédiatement, et l'éventualité de cette mort immédiate a dû nécessairement se présenter à son esprit, car autrement il n'eût pas fait son testament; or les choses étant ainsi, il aurait été singulier que la validité d'une disposition faite en prévision de la mort, dépendît de la prolongation de la vie.

Donc, si nous voulons faire, en droit français, l'application des principes qui viennent d'être exposés, nous dirons, en ce qui concerne, par exemple, le legs de la chose d'autrui, qu'un tel legs fait purement et simplement est nul et reste nul, quand même la chose léguée serait devenue à un titre quelconque la propriété du testateur avant son décès (1).

La majorité des auteurs repousse il est vrai cette solution par le motif que la règle catonienne d'où elle résulte ne serait pas admise dans notre droit (2). Or il faut remarquer que ceux qui ont voulu donner la démonstration de cette assertion ont raisonné d'abord comme si la règle catonienne était une règle de capacité, c'est-à-dire était ce qu'elle n'est pas, et de ce que, ainsi dénaturée, cette règle n'est pas en effet admise

(1) ZACHARIÆ, § 676, note 3; MASSOL, *loc. cit.*, p. 117.
(2) DEMOLOMBE, t. XXI, nº 631 *bis*; LAURENT, t. XIV, nº 129.

dans le droit français moderne, ils ont conclu qu'elle devait être rejetée même dans des cas où sa véritable signification lui est restituée (1).

Mais il est si vrai que la règle catonienne comprise comme elle doit l'être s'impose aux legs purs et simples, et que les legs ne peuvent être soustraits à son application qu'au moyen d'une condition, que les mêmes auteurs, pour pouvoir soutenir la validité d'un legs de la chose d'autrui, quand le testateur est devenu plus tard propriétaire de la chose léguée, ont été obligés d'imaginer une condition tacite : « Il est tout naturel, disent-ils, d'admettre, dans une disposition qui ne doit avoir d'effet que pour l'avenir et lors du décès du testateur, la condition tacite : *si dominium adquisitum fuerit* (2). » Mais nous demanderons s'il est permis d'admettre d'autres conditions tacites que celles qui résultent forcément de la nature des choses ou des règles du droit.

Une condition expresse est donc nécessaire. Du reste les auteurs y arrivent tout naturellement et appliquent, sans le vouloir, la règle catonienne qu'ils ont d'abord repoussée. Ainsi Demolombe, après avoir reconnu que le legs fait au légataire d'une chose lui appartenant déjà ne peut produire aucun effet, ajoute : « Seulement, le legs même de la chose du légataire pourrait être valable, dans le cas où le testateur, prévoyant le cas où celui-ci serait forcé de la vendre, aurait chargé son héritier de la racheter ou de lui en payer la valeur (3). »

Or, pourquoi un legs pur et simple fait au légataire de sa propre chose ne peut-il produire aucun effet, si ce n'est en vertu de la règle catonienne? Et pourquoi pourra-t-il produire effet quand il est conditionnel, si ce n'est parce que la règle catonienne ne concerne pas les legs conditionnels?

(1) Aubry et Rau, § 676, note 10.
(2) *Ibid.*
(3) T. XXI, n° 689.

Quemadmodum, disait Ulpien, *nec res mea legata mihi, si post testamentum factum fuerit alienata, quia vires ab initio legatum non habuit. Sed si sub conditione legetur, poterit legatum valere.... Purum igitur legatum Catoniana regula impediet, conditionale, non; quia ad conditionalia Catoniana non pertinet* (1).

Dans ce dernier cas, la validité du legs dépendra de la volonté du légataire, maître d'aliéner ou non sa chose, mais cela est indifférent. Du reste la plupart des difficultés que soulève dans notre droit moderne l'application de la règle catonienne présentent un intérêt plus théorique que pratique; mais il importait d'établir le principe de leur solution pour bien comprendre le système général qui doit présider à la dévolution des legs.

Nous ajouterons que le champ d'application de la règle catonienne est plus restreint en droit français qu'en droit romain, car nous n'avons pas dans notre droit de disposition qui défende de léguer les matériaux joints à un édifice. Un legs de cette nature, même pur et simple, sera donc valable. Seulement, par analogie de l'art. 554, on peut soutenir que l'héritier pourra se libérer en offrant leur estimation, surtout quand la prestation des matériaux eux-mêmes ne pourrait s'effectuer sans dommages (2).

390. Il n'y aurait évidemment aucune difficulté si les matériaux ou objets légués qui se trouvaient joints à un édifice au moment du legs, avaient, au moment du décès, une existence distincte par suite de leur séparation de l'édifice. L'héritier serait tenu de les délivrer en nature. Mais que décider si l'édifice lui-même ayant été légué, a été démoli ou détruit, et qu'il n'en reste plus que les matériaux. Le légataire pourra-t-il les réclamer? Non.

(1) L. 41, § 2, D. 30, *De leg.*, 1°.

(2) Massol, *loc. cit.*, p. 124; Pothier, *Donat. testam.*, chap. IV, art. 1er, § 4; Dalloz, *Jurisp. gén.*, v° *Disposit. entre-vifs*, n° 3756.

ART. 1042. Le legs sera caduc, si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur. — Il en sera de même, si elle a péri depuis sa mort, sans le fait et la faute de l'héritier, quoique celui-ci ait été mis en retard de la délivrer, lorsqu'elle eût également dû périr entre les mains du légataire (*).

Dans ce dernier cas, il n'est pas exact de dire que le legs est caduc puisqu'il a produit ses effets. Le texte veut dire que la perte de l'objet légué est alors pour le compte du légataire. Le legs n'étant pas caduc, le légataire aura droit aux accessoires de la chose, ainsi qu'aux matériaux et à ce qui en reste.

Il n'y a donc caducité que si la chose périt du vivant du testateur, ou bien, quand le legs est conditionnel, si elle périt, *pendente conditione*, entre le décès du testateur et l'accomplissement de la condition. Mais le légataire aurait une action en dommages-intérêts contre l'héritier ou le tiers par la faute ou par le fait duquel la chose a péri. Il n'aurait au contraire aucune action si la chose a péri du vivant du testateur, sans qu'il y ait à distinguer si elle a péri par le fait du testateur lui-même, demeuré maître d'en disposer, ou par cas fortuit, ou par le fait d'un tiers.

Mais tout cela suppose qu'il s'agit d'un objet ayant une individualité déterminée, car les genres ne périssent pas. Or cet objet peut consister dans une chose corporelle ou dans une créance sur un tiers.

S'il s'agit d'une chose corporelle, le legs n'est éteint que si la perte est totale. Si la perte n'est que partielle, la caducité sera aussi partielle, et le legs restera efficace pour la partie qui subsiste. Ainsi le legs d'un immeuble qui a été exproprié pour cause d'utilité publique du vivant du testateur sera caduc seulement quant à la partie expropriée et le légataire n'aura aucun droit à l'indemnité correspondante ; mais il pourra réclamer tout ce qui n'a pas été compris dans l'expropriation.

(*) Art. 1042. — L. 26 § 1, 36 § 3, 47 § *ult.*, D. 30, 1, *De. leg.*, 1°.

Il faut assimiler à la perte ou destruction matérielle de la chose, la disparition de sa *substance*, c'est-à-dire de la circonstance qui permettait de lui donner un nom *substantif* pour la distinguer des autres.

Si le legs a pour objet une créance déterminée sur un tiers, on peut aussi concevoir la caducité du legs par l'extinction de la créance qui peut, du vivant du testateur, légalement résulter d'un paiement, d'une novation ou d'une compensation. Mais il faut avant tout rechercher quelle a été l'intention du testateur. La situation n'est pas en effet la même que lorsqu'il s'agit d'un corps certain matériel. Dans ce dernier cas c'est l'objet lui-même qui a été directement et uniquement envisagé par le testateur. Voilà pourquoi le légataire ne saurait être considéré comme investi de l'action en indemnité que la perte de ce corps certain a pu faire naître. Mais une créance ne valant que par son exercice qui, le plus souvent, en entraîne l'extinction légale, il peut fort bien se faire que le testateur ait entendu léguer non pas seulement le titre, mais la valeur même de la créance. S'il en était ainsi, le remboursement de la créance, du vivant même du testateur n'emporterait pas caducité du legs (1).

391. « Le Code, a écrit M. Laurent, ne parle pas d'un cas de caducité que la doctrine a toujours admis, c'est la cessation du motif pour lequel le testateur a fait le legs (2). » A notre avis, il n'y a pas d'erreur plus manifeste ni dont les conséquences soient plus dangereuses. Nous avons démontré plus haut (*Suprà*, nos 40 et 41) ; qu'il n'y a pas lieu, en principe, de rechercher quels sont les motifs ou mobiles qui ont déterminé le disposant à faire la libéralité; que si l'acte contient une indication de motifs, l'absence, ou l'inexactitude, et par con-

(1) Cass. 6 janv. 1874, S. 74, 1, 212 ; Demolombe, t. XXII, n° 340 ; Laurent, t. XIV, n° 290 ; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 658.

(2) T. XIV, n° 292.

séquent la disparition des motifs allégués ne saurait compromettre la validité de la disposition.

Or, si cela est vrai quand le testateur a cru nécessaire d'expliquer surabondamment pourquoi il a cru devoir faire telles ou telles dispositions, à plus forte raison doit-il en être ainsi quand le testateur n'a rien dit, et s'est borné à disposer de son patrimoine. De quel droit un juge pourrait-il venir dire : quand le testateur a écrit son testament, il était dans telle situation déterminée par rapport à sa famille, à ses concitoyens, à ses électeurs ; il était ou n'était pas marié, il avait ou il n'avait pas de neveux, ou des enfants ; il était ou il n'était pas fonctionnaire, en activité de service ou à la retraite, etc. Evidemment il a fait son testament en vue d'une telle situation. Donc si les circonstances en vue desquelles ce testament a été écrit, ont complétement disparu à la mort du testateur, le testament doit être frappé de caducité ! La doctrine est assurément étrange, mais la manière dont elle a été appliquée est plus étrange encore. En voici un exemple démonstratif d'après une narration faite par M. Laurent lui-même :

« Un cultivateur non marié et se trouvant à un âge où l'*on* ne pouvait s'attendre (qui, *on?*) à ce qu'il contractât mariage, fait la distribution de ses biens entre ses neveux. Voulant assurer à l'un d'eux la ferme considérable qu'il exploitait, il fait avec lui un bail et un acte de vente de son mobilier ; le testament était destiné à compléter cet arrangement de famille. Puis le testateur se marie ; il meurt laissant un enfant sans avoir révoqué son testament et sans l'avoir détruit. Il a été jugé que le testament était caduc (!). En effet, continue M. Laurent, le testament était fait en vue de la succession collatérale qui, d'après toutes les prévisions, devait s'ouvrir à la mort du testateur. A sa mort toutes ces prévisions se trouvaient en défaut ; le neveu qui devait succéder à son oncle était marié (!!) et occupait une autre ferme (!!!) ; le tes-

tateur s'était marié et laissait un enfant; il ne s'agissait plus de régler une succession *collatérale* (!!!!) qui ne s'était pas ouverte, donc le testament tombait puisqu'il n'avait plus de raison d'être (1). »

Mais une succession ne peut être qualifiée de collatérale ou non collatérale qu'en se plaçant au point de vue des héritiers qui viennent la recueillir *ab intestat.* Vis-à-vis de celui qui dispose, il n'y a que des appelés testamentaires.

Que doit-il arriver si la situation de ces derniers vis-à-vis du testateur a changé par suite de la survenance d'un héritier réservataire? C'est que la libéralité qui était irréductible à la date du testament, sera désormais réductible à la quotité disponible. Mais elle continuera de subsister tant que le testateur ne l'aura pas révoquée. On objecte que le testateur a oublié de la révoquer... On répond que les juges ne sont pas chargés de réparer cet oubli. On insiste en disant que le testateur a dû croire que le testament tombait tout seul parce qu'il n'avait plus de raison d'être... C'est ici qu'éclate l'incroyable arbitraire de la doctrine que nous combattons. Comment oser affirmer que le testament *n'a plus de raison d'être!* Il a pour raison ou pour cause suffisante, *la volonté de donner* dont il est l'expression. Cette volonté n'est pas nécessairement détruite par la survenance tardive d'un enfant; le testateur a pu trouver équitable que le neveu conservât la quotité disponible, la réserve étant suffisante pour l'enfant; c'est ce qu'il a clairement fait comprendre en laissant subsister une disposition qu'il pouvait révoquer.

« Il y eut recours en cassation, continue M. Laurent. Le pourvoi soutenait que la Cour d'Angers avait déclaré le legs caduc pour survenance d'enfant. Non, dit la Cour : l'arrêt attaqué s'est borné à rechercher la volonté et l'intention du testateur; il a constaté que le legs était subordonné à cer-

(1) *Ibid.*

taines conditions; ces conditions étant défaillies, le legs devenait caduc (1).

Le mot de *conditions* n'est pas exact, dit M. Laurent, le legs était pur et simple, mais fait en vue de circonstances qui toutes avaient cessé. »

Les motifs même allégués à l'appui de la doctrine que nous combattons, suffisent par leur étrangeté ou leur peu de consistance, à démontrer qu'il ne saurait exister de caducité reposant sur la cessation des motifs qui ont déterminé le testateur à faire un legs.

392. Il y aura au contraire caducité dans l'hypothèse suivante :

ART. 1043. La disposition testamentaire sera caduque, lorsque l'héritier institué ou le légataire la répudiera, ou se trouvera incapable de la recueillir.

La renonciation à un legs est un acte unilatéral qui n'est assujetti à aucune forme spéciale (2), et dont nous avons d'ailleurs parlé plus haut (V. *Suprà*, n° 319). Elle ne peut évidemment intervenir qu'après le décès, et la convention par laquelle les héritiers présomptifs d'une personne s'engageraient du vivant de cette dernière à tenir pour non avenu, tout legs par lequel elle avantagerait l'un d'entre eux serait inexistante (3).

Si l'institué était incapable au moment de la confection du testament le legs serait nul; l'art. 1043 dans sa disposition finale, suppose que le légataire était capable au moment de l'institution et qu'il est devenu incapable postérieurement. Dans ce cas le legs devient caduc.

§ 5. — De l'accroissement en matière de legs.

393. — Détails historiques nécessaires. Système du droit romain.

(1) Cass. 31 juill. 1861, D. 61, 1, 390.

(2) Nancy, 1er fév. 1884, D. 85, 2, 180; Chambéry, 11 mars 1884, S. 85, 2. 78.

(3) Cass. 13 mai 1884, S. 84, 1, 337.

394. — Influence des lois caducaires.
395. — Système du Code civil, art. 1044, 1045.
396. — L'assignation de parts est-elle, ou non, exclusive de l'accroissement?
397. — Les textes précités ne concernent que les legs particuliers.
398. — Du legs d'usufruit.
399. — L'accroissement a lieu avec charges, mais peut être refusé.

393. Lorsqu'un legs devient inefficace par suite du prédécès du légataire, de son incapacité, ou de son refus de le recueillir, l'émolument que ce legs aurait procuré demeure dans l'hérédité, ou profite à celui qui devait acquitter le legs, quand le légataire est unique. Cet émolument est au contraire dévolu au substitué si le légataire avait un substitué vulgaire. (V. *Suprà*, n° 33).

Mais la situation n'est plus la même quand le légataire envisagé avait un ou plusieurs colégataires. Il faudra tenir compte, alors, des principes spéciaux relatifs à l'accroissement.

Nous devons rappeler succinctement qu'en droit romain, et avant la promulgation des lois caducaires, dans le cas d'un legs de la même chose fait à plusieurs colégataires, il fallait uniquement se demander s'il existait à leur profit une *solidarité de vocation*, c'est-à-dire si chacun des légataires était appelé par le testateur à recueillir éventuellement la totalité du legs, le *solidum*. Or la solution de cette question était singulièrement simplifiée par la division admise entre les legs *per vindicationem* et les legs *per damnationem*.

Dans le cas d'un legs *per vindicationem*, deux hypothèses pouvaient d'abord se présenter :

1° La même chose pouvait être léguée à deux personnes dans la même disposition; *Titio et Seio fundum Capenatem do, lego*. Dans ce cas les colégataires étaient conjoints *re et verbis;*

2° La même chose pouvait être léguée à deux personnes par deux dispositions distinctes : *Titio fundum Capenatem*

do, *lego*, et plus bas : *Seio fundum Capenatem do*, *lego*. Dans ce cas les colégataires étaient conjoints seulement *re*, mais disjoints *verbis;* on disait qu'ils étaient *conjuncti re tantum*.

Dans ces deux cas, la solution était la même; chacun des deux légataires était appelé à recueillir le tout, au cas où l'autre ferait défaut, *potius jure non decrescendi quam jure accrescendi;*

3° Dans le même cas de legs *per vindicationem*, il pouvait se produire une troisième hypothèse, celle où le legs de la même chose était fait à plusieurs légataires *avec assignation de parts*, par ex. : *pro æquis partibus*. Dans ce cas il n'y a pas solidarité de vocation; les deux légataires ne sont pas appelés à recueillir la même chose, car la part de l'un est distincte de la part de l'autre; ils ne sont donc pas conjoints *re;* mais comme ils sont réunis dans la même disposition, on peut dire qu'ils sont conjoints : *verbis tantum*.

Il en était de même quand la même chose était attribuée à plusieurs par une seule disposition conçue *per damnationem*. Il ne pouvait résulter d'une telle formule qu'un droit de créance. Or, chaque fois qu'un droit de créance naissait sur plusieurs têtes, il était *ipso jure* divisé par portions viriles. Donc dans l'hypothèse prévue, les légataires n'étaient pas appelés à recueillir la même chose puisque la créance de l'un demeurait distincte de la créance de l'autre. Ils étaient donc conjoints *verbis tantum*.

Si au contraire la même chose avait été léguée à plusieurs par des dispositions différentes, chacun était créancier de la chose entière; l'un l'obtenait en réalité, l'autre en réclamait la valeur.

394. La théorie générale était donc bien simple, et se justifiait d'elle-même.

Mais les lois caducaires (*Julia* et *Papia Poppea*) modifièrent gravement cette théorie.

D'abord elles supprimèrent, du moins au point de vue qui

nous occupe, toute différence entre les legs *per vindicationem* et les legs *per damnationem*. Elles décidèrent ensuite que chaque fois qu'un legs serait fait à plusieurs, et qu'un des légataires ne pourrait ou ne voudrait recueillir sa portion, cette portion serait *caduque*.

Mais à qui attribuer cette portion devenue caduque? Fallait-il l'attribuer aux autres légataires (par voie d'accroissement) ou en faire profiter les héritiers?

Les lois caducaires firent une distinction : ou les colégataires sont disjoints, *disjuncti;* ou ils sont conjoints, *conjuncti*.

Dans le premier cas, les portions caduques furent attribuées aux héritiers *ayant des enfants*, par préférence aux légataires *disjoints*, même ayant des enfants.

Dans le second cas, les colégataires *conjoints*, s'ils avaient des enfants, étaient préférés, pour recueillir le *caducum*, même aux héritiers ayant des enfants (1).

Mais dans quels cas un colégataire sera-t-il réputé *conjoint?* S'agit-il d'une conjonction *re* ou d'une conjonction *verbis?* Telle est la question qu'il fallut examiner, et cela se comprend puisqu'il n'y avait plus à distinguer à cet égard entre le legs *per vindicationem* et le legs *per damnationem*.

La question fut tranchée de la manière suivante :

.....Præfertur igitur omnimodo cæteris, qui et re et verbis conjunctus est. Quod si re tantum conjunctus sit, constat non esse potiorem. Si vero verbis quidem conjunctus sit, re autem non, quæstionis est an conjunctus potior sit? Et magis est ut et ipse præferatur (2).

Le véritable sens de cette loi n'a été fixé que depuis la découverte du manuscrit de Gaïus.

395. Maintenant les rédacteurs du Code civil ayant à régler

(1) Voy. GAIUS, II, §§ 206, 207, 208.
(2) L. 89, D. 32, *De leg.*, 3°.

la matière du droit d'accroissement, devaient-ils adopter les principes du droit romain antérieurs à la loi *Papia* et reposant sur la solidarité de vocation, c'est-à-dire sur la volonté du testateur? Devaient-ils au contraire adopter le point de vue des lois caducaires, qui, pour favoriser l'augmentation de la population, accordaient les parts vacantes à ceux qui avaient des enfants, sans se préoccuper de la volonté du testateur?

Il suffit évidemment de poser la question pour la résoudre; il n'est pas douteux que les rédacteurs du Code n'aient voulu accorder les parts vacantes aux légataires qui étaient *appelés à recueillir le tout* par la volonté du testateur; aux légataires que, *dans ce sens*, on pourrait appeler *conjoints*. Malheureusement quand les rédacteurs voulurent formuler la notion des legs faits *conjointement*, au lieu de l'emprunter uniquement aux vrais principes en vigueur avant les lois caducaires, ils se laissèrent influencer précisément par le texte précité qui n'était que l'application des lois caducaires.....

Voici en effet comment la loi fut rédigée :

ART. 1044. Il y aura lieu à accroissement au profit des légataires, dans le cas où le legs sera fait à plusieurs conjointement. — Le legs sera réputé fait conjointement, lorsqu'il le sera par une seule et même disposition, et que le testateur n'aura pas assigné la part de chacun des colégataires dans la chose léguée (*).

ART. 1045. Il sera encore réputé fait conjointement, quand une chose qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration, aura été donnée par le même acte à plusieurs personnes, même séparément (**).

Il résulte de ces textes :

1° Qu'il y a lieu à accroissement dans les cas de conjonction *re et verbis;*

2° Que la conjonction *verbis tantum* n'est pas une véritable conjonction, dans le sens de la loi, et par suite ne donne pas lieu au droit d'accroissement;

(*) Art. 1044. — ULPIEN, *Frag.*, §§ 12 et 13, tit. 24; L. 16 § 2, D. 30, *De leg.*, 1°; L. 33, *ibid.;* L. 89, D. 32, *De leg.*, 3°.

(**) Art. 1045. — L. 89, D. 32, *De leg.*, 3°; L. 1, § 11, C. 6, 50, *De caduc. toll.*

3° Que la conjonction *re tantum* ne donne pas toujours lieu au droit d'accroissement, mais seulement quand la chose n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration!

Mais pourquoi cette singulière précision dans le cas de conjonction *re tantum?* Est-ce qu'une telle conjonction ne contient pas toujours solidarité de vocation? Il est probable que les rédacteurs du Code civil ont subi l'influence des derniers mots de la loi romaine précitée où l'on voit que les conjoints *re tantum* n'avaient pas le *jus caduca vindicandi;* ne voulant pas rompre complétement avec ce qu'ils croyaient être les vrais principes du droit romain, ils ont préféré admettre une distinction impossible à justifier.

396. Nous venons de remarquer qu'il n'y a pas accroissement dans le cas de conjonction *verbis tantum*, c'est-à-dire quand le legs a été fait avec *assignation de parts*. En conséquence quelques auteurs ont soutenu que toute assignation de parts est exclusive du droit d'accroissement (1). Cependant ne faudrait-il pas distinguer suivant que cette assignation portera sur la vocation même adressée aux légataires, ou qu'elle se référera uniquement à l'exécution envisagée de la disposition (2)? Théoriquement rien de plus légitime qu'une telle distinction; mais dans l'application l'art. 1044 ne semble l'autoriser que s'il y a dans le legs ou le testament quelque énonciation permettant de décider que l'intention du testateur a été, en effet, de se référer uniquement à l'exécution du legs (3).

397. Il faut admettre, quoique cela soit contesté, que les art. 1044 et 1045 ne parlant que de *la chose léguée*, concernent uniquement les legs particuliers. Différemment il n'y aurait jamais accroissement possible dans le cas de plusieurs léga-

(1) Colmet de Santerre, t. IV, n° 199 *bis* VI.

(2) Comp. Demolombe, t. XXII, n°s 372 et 373; Laurent, t. XIV, n° 307; Voy. Cass. 11 fév. 1880, D. 80, 1, 339.

(3) Demolombe, t. XXII, n° 375; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 663.

taires universels conjoints *re tantum*. Par conséquent peu importe que les légataires universels soient conjoints *re et verbis* ou *re tantum*, celui qui viendra seul à l'hérédité la recueillera tout entière (1).

398. Pour que l'accroissement s'opère, il faut évidemment qu'il y ait caducité, c'est-à-dire que l'un des légataires ne recueille pas la libéralité. Si tous la recueillent il ne peut plus être question d'accroissement. Qu'arrivera-t-il cependant s'il s'agit d'un legs d'usufruit recueilli par tous les légataires, dont l'un viendra, ensuite, à mourir avant l'autre? Y aura-t-il réunion de la portion du défunt à la nue-propriété, ou accroissement au profit des autres usufruitiers survivants? L'article 1044 semble bien décider qu'il n'y aura pas lieu à accroissement parce qu'il n'y a pas eu caducité (2).

399. L'accroissement résulte d'une solidarité de vocation. C'est cette vocation au *solidum* qui a été éventuellement acceptée par celui des colégataires qui s'est présenté pour recueillir le legs. Or, comme on ne peut accepter un legs pour partie, il semblerait devoir en résulter que, dans le cas de caducité, la portion caduque ayant déjà été implicitement acceptée, ne peut pas être refusée.

Mais nous savons qu'en matière d'accroissement les vrais principes ont été altérés par l'influence des lois caducaires. Or, en vertu des lois caducaires qui ne tenaient aucun compte de l'étendue plus ou moins grande de la vocation, il était admis que les *caduca*, devant accroître par la volonté de la loi, avec les charges qui les grevaient, pouvaient être

(1) Demolombe, t. XXII, n° 383; Laurent, t. XIV, n° 318; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 668; Cass. 12 fév. 1862, D. 62, 1, 244; Trib. Liège, 9 fév. 1881, Cl. et B., 81, 350; *Contrà*, Aubry et Rau, § 726, texte et note 43; Colmet de Santerre, t. IV, n° 199 *bis* VII.

(2) Aubry et Rau, § 726, texte et note 52; Demolombe, t. XXII, n° 389; Colmet de Santerre, t. IV, n° 190 *bis* VIII; Laurent, t. XIV, n° 315; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 668; Rennes, 6 mars 1878, D. 80, 2, 87.

refusés. Tel est le fondement de la doctrine qui a prévalu dans l'ancien droit, d'après laquelle l'accroissement a toujours lieu *cum onere*, sans distinction, mais qu'il est volontaire et peut être décliné, doctrine qui a été suivie par Pothier, et dont les rédacteurs du Code ne semblent pas avoir voulu s'écarter.

Les colégataires ont donc l'option entre l'acceptation et la répudiation de la part vacante. Si quelques-uns seulement veulent la recueillir et les autres la répudier, elle accroîtra seulement aux premiers.

Dans tous les cas elle se divisera entre ceux qui la recueillent, soit également, soit autrement, si le testateur a manifesté une intention différente (1). L'accroissement dépend d'ailleurs de la volonté du testateur qui peut déroger en tout ou en partie aux présomptions résultant des art. 1044 et 1045 (2).

§ 6. — Révocation judiciaire des testaments.

400. — Dans quels cas elle a lieu; art. 1046, 1047.
401. — Révocation pour inexécution des charges; à qui appartient l'action en ce cas.
402. — Révocation pour cause d'ingratitude; conditions d'exercice de l'action.

400. L'accroissement profitera encore à un colégataire conjoint dans les cas de révocation judiciaire de la libéralité, ce qui aura lieu :

1° Pour cause d'inexécution des charges imposées aux légataires ;

2° Pour cause d'ingratitude.

En effet :

(1) Cass. 5 déc. 1881, S. 82, 1, 173.
(2) Voy. Cass. 7 juill. 1880, D. 82, 1, 55.

ART. 1046. Les mêmes causes qui, suivant l'art. 954 et les deux premières dispositions de l'article 955, autoriseront la demande en révocation de la donation entre-vivs, seront admises pour la demande en révocation des dispositions testamentaires (*).

ART. 1047. Si cette demande est fondée sur une injure grave faite à la mémoire du testateur, elle doit être intentée dans l'année, à compter du jour du délit.

D'une manière générale : « Lorsqu'un légataire ne recueille pas la chose pour quelque cause que ce soit, la chose léguée reste par devers les héritiers et autres qui étaient grevés de la prestation du legs et ce sont eux qui en profitent (1) ; » résultat qu'il ne faut pas confondre avec celui que donne l'application du droit d'accroissement (2). Les héritiers légitimes, même exhérédés, conservent un droit éventuel à l'hérédité. Tout ce qui n'est pas légué leur appartient. Par conséquent les legs révoqués reviennent à l'hérédité, s'il n'y a pas un colégataire, débiteur du legs ou de la charge, qui profite de la révocation.

401. La révocation d'un legs pour inexécution des charges, laquelle n'a pas lieu de plein droit, peut donc être demandée par toute personne qui doit en profiter, et par suite :

1° Par celui qui est tenu de payer le legs grevé de la charge ;

2° Par le colégataire conjoint ;

3° Par les héritiers *ab intestat*, lorsque la charge est imposée au légataire universel ;

4° Par celui qui est vulgairement substitué au légataire.

Pouvant demander la révocation du legs, toutes les personnes ci-dessus désignées peuvent conclure au principal à l'exécution des charges.

Le droit des héritiers légitimes d'agir contre le légataire pour l'obliger à exécuter les charges qui lui ont été imposées

(*) Art. 1046. — L. 1, D. 34, 9 ; *De his quæ ut indign.*

(1) POTHIER, *Donat. testament.*, n° 333 ; *Introd. à la cout. d'Orléans*, t. XVI, n° 141.

(2) Voy. LAURENT, t. XIV, n° 293.

par le testament est indivisible, et peut être exercé par un seul d'entre eux aussi longtemps que la prescription n'est pas acquise contre eux tous.

Les tiers au profit de qui la charge a été imposée ne peuvent pas demander la révocation, puisqu'elle ne pourrait leur profiter, mais ils peuvent demander l'exécution du legs.

C'est en général au profit d'un tiers, en effet, qu'une charge est imposée à un légataire; mais souvent le testateur aura disposé uniquement dans son propre intérêt, par exemple lorsqu'il aura ordonné un service funèbre pour le repos de son âme, ou réglé les conditions de ses funérailles. Dans tous les cas la volonté du testateur devra être suivie, mais la question est de savoir si, dans le cas où cette volonté aurait été méconnue, la disposition doit être révoquée. Il a été jugé à cet égard, que si le testateur a déclaré vouloir être enterré civilement, le fait de son enterrement religieux ne peut faire annuler le testament en vertu de l'art. 1046, s'il n'a pas chargé spécialement ses légataires d'assurer l'accomplissement de sa volonté (1). C'est donc en ce cas seulement que le legs serait considéré comme fait avec charge; dans le cas contraire le testateur n'aurait pas eu l'intention d'assurer l'exécution de sa volonté par la possibilité d'une révocation judiciaire.

402. La révocation pour cause *d'ingratitude* ne peut avoir lieu que dans les trois cas suivants dont les deux premiers sont plutôt constitutifs d'une *indignité :*

1° Lorsque le légataire a attenté à la vie du testateur (art. 955, 1°);

2° Lorsqu'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves (art. 955, 2°);

3° Lorsqu'il a commis une injure grave envers sa mémoire (art. 1047).

Les délits contre la propriété commis du vivant du testa-

(1) Bruxelles, 11 oct. 1890, *Pas.*, 90, 2, 162.

teur doivent être placés sur la même ligne que les délits commis contre la personne. L'adultère rentre dans la catégorie des délits commis contre la personne. Mais serait-il une cause de révocation alors que l'époux prédécédé en aurait eu connaissance et ne l'aurait pas dénoncé? On soutient l'affirmative, et à l'objection tirée de ce que l'époux offensé seul a le droit d'agir, on répond que cela est vrai au criminel seulement, mais qu'il s'agit dans l'espèce, non de punir l'adultère, mais de faire révoquer la libéralité dont l'époux coupable s'est certainement rendu indigne (1).

Mais le mari offensé est seul juge de l'opportunité et de la convenance d'une poursuite qui peut être encore plus désagréable pour lui que pour sa femme; il peut vouloir que cette dernière ne soit pas flétrie, non pour elle, mais pour lui-même, pour sa propre mémoire, et sous prétexte qu'il ne s'agit pas d'une action pénale on va autoriser les héritiers à soulever un débat que le mari n'avait pas voulu ouvrir! C'est insoutenable.

Quant aux injures graves commises envers la mémoire du testateur, elles résultent plutôt de l'intention que des faits. Ainsi l'inconduite notoire de la veuve du testateur, légataire de celui-ci, pendant l'année de deuil, ne saurait, par elle-même, constituer une offense à la mémoire du mort (2).

L'action en révocation doit être intentée dans les délais déterminés par l'art. 957, c'est-à-dire dans l'année à compter du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour que le délit aura pu être connu par le donateur. Il est vrai que l'art. 1047 relatif au cas d'une injure faite à la mémoire du testateur, dit seulement que l'action doit être intentée dans l'année à compter du jour du délit, mais en procédant par simple renvoi dans l'art. 1046, le législateur

(1) LAURENT, t. XIV, n° 264.
(2) LAURENT, t. XIV, n° 263; *Contrà*, BAUDRY-LACANTINERIE, n° 648.

semble avoir voulu assimiler entièrement la révocation des legs à celle des donations; or, si l'on admet que les art. 956 et 958 doivent recevoir ici leur application, pourquoi n'appliquerait-on pas aussi l'art. 957 (1)?

Mais comme les dispositions testamentaires ne sont pas assujetties à la transcription, la demande en révocation ne saurait être rendue publique, et ses effets remonteront au jour de sa date, même à l'égard des tiers.

(1) AUBRY et RAU, § 727, texte et note 9 et 10; DEMOLOMBE, t. XX, nos 282, 283; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 648; Comp. LAURENT, t. XIV, nos 268 et suiv.; Cass. Belge, 12 déc. 1889, *Pas.*, 90, 1, 33; Liège, 2 août 1876, *Pas.*, 77, 2, 11.

CHAPITRE VI.

DES DISPOSITIONS PERMISES EN FAVEUR DES PETITS-ENFANTS DU DONATEUR, OU DES ENFANTS DE SES FRÈRES ET SŒURS.

---

§ 1er. — Généralités. — Formes et conditions des substitutions autorisées.

403. — Motifs des art. 1048 et 1049.
404. — A qui et au profit de qui peut être imposée la charge de rendre, art. 1050 et 1051; sur quels biens.
405. — Formes de l'acte contenant substitution, cas de l'art. 1052.
406. — Comment s'ouvre le droit des appelés, art. 1053.
407. — Anéantissement des droits constitués sur les biens à rendre; exception résultant de l'art. 1054.
408. — Caducité de la substitution; effets de la caducité.

403. Les substitutions avaient principalement pour but de donner satisfaction à certaines prétentions purement aristocratiques, en détruisant l'égalité entre les enfants d'un même père. Pour ce motif, le législateur les a justement prohibées (Voy. ci-dessus, nº 12).

Mais il y a, dit-on, une hypothèse qu'il suffit d'énoncer pour faire voir qu'elle comporte une exception légitime, et même nécessaire :

« Un homme, écrit Demolombe, résumant les motifs du législateur, a un enfant *prodigue*, *dissipateur;* et c'est *avec effroi*, que, dans sa prévoyante tendresse, il envisage l'avenir que l'inconduite de cet enfant lui réserve à lui-même et à ses propres enfants (1) ! ». Existe-t-il un moyen légal pour parer à ce danger? Oui, il n'y a qu'à l'autoriser à faire excep-

(1) T. XXII, nº 402.

tionnellement ce qu'on lui avait d'abord défendu. L'art. 897 annonçait en conséquence les exceptions dont nous allons maintenant parler.

Le Code s'occupe d'abord des dispositions permises aux pères et aux mères :

ART. 1048. Les biens dont les pères et mères ont la faculté de disposer, pourront être par eux donnés, en tout ou en partie, à un ou plusieurs de leurs enfants, par actes entre-vifs ou testamentaires, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, desdits donataires.

Mais comme il s'agit, en réalité, ainsi que le remarque Demolombe dans un autre passage, d'empêcher *la déchéance des familles*, et de conserver *le bon ordre dans la société* (1), on a étendu la même faculté aux frères et sœurs :

ART. 1049. Sera valable, en cas de mort sans enfants, la disposition que le défunt aura faite par acte entre-vifs ou testamentaire, au profit d'un ou plusieurs de ses frères ou sœurs, de tout ou partie de ses biens qui ne sont point réservés par la loi dans sa succession, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, desdits frères ou sœurs donataires.

Mais en quoi l'*ordre dans la société* est-il intéressé à ce qu'un dissipateur ne se ruine pas, à ce qu'une famille n'éprouve pas une certaine déchéance? Ce sont là des formules qui dissimulent à peine le désir de donner satisfaction à certains calculs de la vanité. Nous verrons d'ailleurs que le moyen imaginé par le législateur atteint difficilement et rarement son but, et que la substitution n'empêchera pas un dissipateur de se ruiner.

404. Quoi qu'il en soit, si les motifs allégués ne sont pas de simples prétextes, il est certain que la substitution de l'article 1048 doit s'appliquer aux pères et mères naturels comme aux pères et mères légitimes, et ils doivent pouvoir en user au profit de la descendance légitime de leurs enfants naturels. Il importe peu en effet qu'une famille légitime soit fondée par un enfant naturel ou par un enfant légitime; l'intérêt

(1) *Ibid.*

social mis en avant est toujours le même (1) et il est singulier que cela ait été contesté.

La charge de rendre peut donc être imposée à un enfant naturel comme à un enfant légitime, mais au profit seulement des enfants légitimes du grevé et non au profit de ses petits-enfants s'il n'a pas d'enfants.

La loi reconnaît aux frères ou sœurs, pourvu qu'ils meurent sans enfants adoptifs ou légitimes, la faculté de disposer au profit de leur frère ou de leur sœur en faisant une semblable substitution au profit de leurs neveux ou nièces.

La faculté de substituer n'est pas accordée à d'autres personnes ; un aïeul ne pourrait pas, en faisant une libéralité à son petit-fils, lui imposer la charge de rendre à ses arrière petits-enfants, alors même que, par le prédécès de son père, le grevé serait l'héritier de son aïeul. De même un oncle ne pourrait pas, en faisant une libéralité directe à son neveu, le grever de l'obligation de rendre à ses petits-neveux.

D'un autre côté, la loi n'admet pas la possibilité de substituer au profit d'autres enfants que ceux du premier degré de parenté, et elle prohibe en même temps les substitutions faites pour plus d'un degré de restitution. Il suit de là que le disposant ne pourrait pas appeler directement les petits-enfants du grevé à profiter de la restitution, quand même les enfants du premier degré seraient tous décédés laissant des descendants (2).

La charge de restitution ne peut donc être imposée ni graduellement, ni successivement.

Elle doit comprendre en outre toute la descendance du grevé :

(1) Cass. 2 mai 1888, D. 88, 1, 209; Massigli, *Revue critique*, 1889, *Exam. doctrin.*, p. 452; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 691; *Contrà*, Demolombe, t. XXII, n° 412.

(2) Laurent, t. XIV, n°s 527 et suiv.; *Contrà*, Aubry et Rau, § 693, texte et note 13.

ART. 1050. Les dispositions permises par les deux articles précédents ne seront valables qu'autant que la charge de restitution sera au profit de tous les enfants nés et à naître du grevé, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe.

Elles ne pourraient, par conséquent, attribuer au grevé la faculté de choisir parmi ses enfants celui qui devra recueillir les biens substitués (1).

Quoique la représentation ne soit pas admise dans les dispositions à titre gratuit,

ART. 1051. Si, dans les cas ci-dessus, le grevé de restitution au profit de ses enfants meurt, laissant des enfants au premier degré, et des descendants d'un enfant prédécédé, ces derniers recueilleront, par représentation, la portion de l'enfant prédécédé.

Quand tous les enfants au premier degré sont prédécédés, la substitution devient caduque, puisqu'il n'y a plus d'appelés.

405. La substitution ne peut porter que sur les biens formant la quotité disponible; elle sera donc réductible le cas échéant. Le testateur ne pourrait, en léguant le disponible, imposer la charge de conserver et de rendre la réserve. La loi n'autorise à mettre temporairement hors du commerce, au moyen d'une substitution permise, que les biens disponibles (2).

La clause contenant substitution pourra être insérée soit dans un testament, sous forme de legs universel, à titre universel, ou particulier; soit dans une donation entre-vifs acceptée expressément par le grevé. Dans ce dernier cas, la clause de substitution doit être nécessairement insérée dans l'acte même contenant la libéralité, il n'est pas possible de transformer après coup en substitution une donation d'abord pure et simple. Cependant le donataire peut consentir à ce qu'il en soit ainsi, et se faire payer son consentement en acceptant une nouvelle libéralité qui sera faite à la condition que les biens compris dans la première seront substitués, sauf maintien des droits acquis aux tiers :

(1) Paris, 26 fév. 1869, D. 74, 5, 465.
(2) DEMOLOMBE, t. XXII, n° 435; LAURENT, t. XIV, n° 535.

ART. 1052. Si l'enfant, le frère ou la sœur auxquels des biens auraient été donnés par acte entre-vifs, sans charge de restitution, acceptent une nouvelle libéralité faite par acte entre-vifs ou testamentaire, sous la condition que les biens précédemment donnés demeureront grevés de cette charge, il ne leur est plus permis de diviser les deux dispositions faites à leur profit, et de renoncer à la seconde pour s'en tenir à la première, quand même ils offriraient de rendre les biens compris dans la seconde disposition.

406. Les grevés ont le droit de conserver, à titre de propriétaires, comme nous le verrons bientôt, la possession et jouissance des biens substitués jusqu'au jour de l'ouverture de la substitution :

ART. 1053. Les droits des appelés seront ouverts à l'époque où, par quelque cause que ce soit, la jouissance de l'enfant, du frère ou de la sœur, grevés de restitution, cessera : l'abandon anticipé de la jouissance au profit des appelés ne pourra préjudicier aux créanciers du grevé antérieurs à l'abandon.

L'événement qui, le plus ordinairement, donne ouverture aux droits des appelés, est le décès du grevé.

Mais la loi prévoit un fait, l'abandon anticipé, que le grevé, ce dissipateur qu'il fallait protéger contre lui-même, pourra vouloir faire au profit des appelés. Ce point montre bien que la véritable pensée de la loi est d'empêcher ce qu'on appelle *la déchéance des familles*, et non la ruine du dissipateur, car autrement elle eût défendu un pacte qu'une modique somme d'argent, mise actuellement à la disposition du dissipateur, rendra souvent sinon toujours possible.

Cet abandon anticipé ne peut préjudicier aux droits des tiers, ni par conséquent aux créanciers du grevé antérieurs à l'abandon, ni aux tiers acquéreurs qui ont acheté un droit de propriété devant durer en réalité jusqu'à la mort du grevé avec la chance de devenir définitif si les appelés prédécèdent, ni aux enfants à naître dont les droits doivent être réglés au décès du grevé comme s'il n'y avait pas eu d'abandon. La doctrine est unanime sur tous ces points (1).

(1) Voy. LAURENT, t. XIV, n° 588, note 1.

Il faut admettre pareillement que, sous la réserve des droits des enfants à naître, la substitution s'ouvrira par l'arrivée du terme ou par l'accomplissement de la condition fixée par l'auteur de la disposition. Cela est contesté (1); mais tout ce qu'on peut dire c'est qu'il convient de restreindre cette solution aux cas où le terme ou bien la condition laisseront subsister la substitution, c'est-à-dire un ordre successif faisant passer la propriété des mains du premier institué dans celle des autres gratifiés. Il n'en sera pas ainsi, par exemple, de la disposition portant que dans le cas où le légataire institué n'atteindrait pas un âge déterminé de nouveaux légataires seraient appelés à bénéficier de ce legs éventuel. Il y a dans cette hypothèse une double institution soumise à une condition suspensive dont l'accomplissement aura pour résultat de faire considérer le premier légataire comme n'ayant jamais été investi d'aucun droit (2).

Les droits des appelés sont encore ouverts par la déchéance que l'art. 1057 permet de prononcer contre le grevé pour n'avoir pas fait nommer un tuteur à la substitution. Nous reviendrons sur ce point. Mais il n'y a pas de texte qui permette d'étendre aux substitutions l'art. 618 autorisant les juges à prononcer l'extinction de l'usufruit pour cause d'abus de jouissance de l'usufruitier (3).

Au contraire, de ce que la substitution résulte soit d'une donation, soit d'un testament, les textes autorisent l'ouverture absolue de la substitution par suite d'une révocation pour cause d'inexécution des charges de la libéralité faite au grevé (art. 954). La révocation pour cause d ingratitude

(1) Colmet de Santerre, t. IV, n° 212 *bis* II.

(2) Cass, 1er juill. 1891, D. 92, 1, 145.

(3) Aubry et Rau, § 696, texte et note 82; Colmet de Santerre, t. IV, n° 212 *bis* II; Demolombe, t. XXII, n° 576; Laurent, t. XIV, n° 580; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 707.

ne produira effet à l'égard des tiers que dans les conditions fixées par l'art. 958.

407. Lorsque les appelés acceptent la substitution qui s'est ouverte à leur profit, les droits établis par le grevé ou de son chef sur les biens à rendre sont anéantis.

La loi admet cependant à cet égard une exception bien restreinte :

ART. 1054. Les femmes des grevés ne pourront avoir, sur les biens à rendre, de recours subsidiaire, en cas d'insuffisance des biens libres, que pour le capital des deniers dotaux, et dans le cas seulement où le testateur l'aurait expressément ordonné.

Les deniers dotaux comprennent toutes les valeurs que la femme apporte en mariage; mais le recours sur les biens à rendre n'a pas lieu à raison des autres causes de reprises, par exemple des aliénations consenties par la femme et dont le prix aurait été touché par le mari.

408. L'ouverture de la substitution deviendra impossible en cas de caducité.

Il y a caducité de la substitution :

1° Si tous les substitués sont morts ou devenus incapables de recueillir avant l'époque où aurait dû avoir lieu l'ouverture de la substitution;

2° Lorsque les appelés répudient la substitution;

3° Quand les biens substitués ont totalement péri par cas fortuit.

Quand il s'agit d'une substitution faite par testament, il faut décider que la caducité du legs fait au grevé, quelle qu'en soit la cause, laisse subsister le legs fait aux appelés qui recueilleront immédiatement les biens compris dans la substitution, sauf à les partager avec les autres appelés qui naîtraient postérieurement.

Il ne peut guère y avoir de doute à cet égard lorsqu'il s'agit du cas où la caducité provient de la renonciation du grevé. Il n'est pas admissible, en effet, que le sort de la substitution dépende ainsi d'une détermination arbitraire du grevé,

qui ne manquerait pas d'ailleurs de répudier son institution, s'il était l'unique héritier du disposant, afin de recueillir *ab intestat* les biens désormais affranchis de toute charge de rendre.

Il y a au contraire quelque doute lorsque la caducité résulte du prédécès ou de l'incapacité du grevé. La solution dépendra de l'intention manifestée par le testateur. Si son intention n'apparait pas avec précision, il faudra présumer que la substitution ayant été faite autant dans l'intérêt des appelés que dans celui du grevé, le legs fait aux appelés doit subsister malgré la caducité du legs fait au grevé.

Mais pour que cette intention puisse produire effet en faveur des appelés, il faut bien que les appelés existent. Le legs demeurera donc sans effet si, lors du décès du disposant, il n'existe encore aucun enfant du grevé ; s'il existe des enfants à ce moment le legs profitera à eux seuls à l'exclusion de ceux qui viendraient à naître plus tard (1).

§ 2. — Mesures prescrites dans l'intérêt des appelés et des tiers.

409. — Du tuteur à la substitution; par qui il doit être nommé, articles 1055, 1056.
410. — Sanction des dispositions qui précèdent, art. 1057.
411. — Inventaire des biens substitués, art. 1058 à 1061.
412. — Vente des objets sujets à dépérissement, art. 1062 à 1064.
413. — Emploi à faire du prix, art. 1065 à 1068.
414. — Publicité de la substitution quant aux immeubles; transcription et inscription, art. 1069 à 1072.
415. — Qui peut se prévaloir du défaut de publicité?

409. Le législateur a emprunté à l'ordonnance de 1747 les dispositions multiples que l'esprit méticuleux de d'Aguesseau

(1) Aubry et Rau, § 696, texte et notes 86 et 87; Laurent, t. XIV, nos 582 et 583; Comp. Duranton, t. IX, n° 602; *Contrà*, Demolombe, t. XXII, nos 654 et suiv.; Colmet de Santerre, n° 212 *bis* X et XI.

s'était complu à formuler pour garantir le droit des appelés. Heureusement, toutes les matières du Code n'ont pas été soumises à une réglementation aussi étendue.

D'abord la substitution a été conçue comme un être de raison, distinct du grevé et des appelés, et devant être représenté par un agent spécial qu'on appelait *curateur*, et que les rédacteurs du Code, sans qu'on sache pourquoi, ont préféré appeler un *tuteur*, tuteur qui n'administre rien, qui n'a pas de subrogé-tuteur, et dont les biens ne sont pas soumis à l'hypothèque légale.

Ce tuteur, comme l'exécuteur testamentaire, est un simple agent d'exécution, dont la nomination est impérativement exigée par la loi :

ART. 1055. Celui qui fera les dispositions autorisées par les articles précédents pourra, par le même acte, ou par un acte postérieur, en forme authentique, nommer un tuteur chargé de l'exécution de ces dispositions : ce tuteur ne pourra être dispensé que pour une des causes exprimées à la section VI du chapitre II du titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation.*

ART. 1056. A défaut de ce tuteur, il en sera nommé un à la diligence du grevé ou de son tuteur s'il est mineur, dans le délai d'un mois, à compter du jour du décès du donateur ou testateur, ou du jour que, depuis cette mort, l'acte contenant la disposition aura été connu.

C'est donc tout d'abord au disposant qu'il appartient de désigner lui-même le tuteur, et puisqu'il peut faire cette désignation dans le testament olographe qui renferme la substitution, il pourra la faire aussi dans un testament olographe postérieur (1). C'est quand l'acte postérieur n'est pas un testament que la loi exige la forme authentique.

Si le disposant n'a pas désigné un tuteur, le grevé est tenu d'en provoquer la nomination. Cette nomination sera faite par le conseil de famille des appelés réuni devant le juge de paix du lieu de l'ouverture de la succession du disposant. S'il n'y a pas encore d'appelés, le conseil de famille sera forcément composé de parents, alliés ou amis du grevé.

(1) DEMOLOMBE, t. XXII, n° 467; LAURENT, t. XIV, n° 539; *Contrà*, COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 217 *bis* III.

410. Les prescriptions ci-dessus sont l'objet d'une sanction rigoureuse :

ART. 1057. Le grevé qui n'aura pas satisfait à l'article précédent, sera déchu du bénéfice de la disposition ; et dans ce cas, le droit pourra être déclaré ouvert au profit des appelés, à la diligence, soit des appelés s'ils sont majeurs, soit de leur tuteur ou curateur s'ils sont mineurs ou interdits, soit de tout parent des appelés majeurs, mineurs ou interdits, ou même d'office, à la diligence du procureur de la République près le tribunal de première instance du lieu où la succession est ouverte.

Le grevé pourrait cependant échapper à la déchéance en établissant que son inaction est le résultat d'un cas de force majeure, mais il ne pourrait invoquer valablement l'ignorance de la loi (1).

La déchéance n'a pas lieu de plein droit, elle doit être prononcée par le juge, quand il est reconnu que le grevé est en faute. La déchéance n'est donc pas facultative, et le juge ne pourrait accorder un délai au grevé pour faire procéder à la nomination d'un tuteur. S'il n'y a pas encore d'appelés à qui la déchéance puisse immédiatement profiter, le juge prescrira les mesures conservatoires nécessaires en faveur des enfants à naître.

De ce que la déchéance n'a pas lieu de plein droit, il suit que les droits du grevé restent entiers, et que les actes qu'il fait sont valables à l'égard des tiers, jusqu'au jour où une sentence du juge aura prononcé sa déchéance (2).

Observons enfin que le grevé mineur ne peut être restitué contre la déchéance, lorsque son propre tuteur a négligé de faire nommer le tuteur à la substitution, sauf son recours contre son tuteur (3).

411. En matière de substitution, il y a nécessité de constater au moyen d'un inventaire fait dans le délai fixé au titre

(1) Trib. Mons, 18 mars 1891, *Pas.*, 91, 3, 300.

(2) DEMOLOMBE, t. XXII, n° 624; LAURENT, t. XIV, n° 542; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 696, texte et note 38.

(3) AUBRY et RAU, § 696, texte et note 30; DEMOLOMBE, t. XXII, n° 475; LAURENT, t. XIV, n° 545.

des Successions, c'est-à-dire dans le délai de trois mois, sans y ajouter celui de quarante jours pour délibérer, la consistance des biens substitués, et par conséquent à restituer :

ART. 1058. Après le décès de celui qui aura disposé à la charge de restitution, il sera procédé, dans les formes ordinaires, à l'inventaire de tous les biens et effets qui composeront sa succession, excepté néanmoins le cas où il ne s'agirait que d'un legs particulier. Cet inventaire contiendra la prisée à juste prix des meubles et effets mobiliers.

ART. 1059. Il sera fait à la requête du grevé de restitution, et dans le délai fixé au titre *des Successions*, en présence du tuteur nommé pour l'exécution. Les frais seront pris sur les biens compris dans la disposition.

ART. 1060. Si l'inventaire n'a pas été fait à la requête du grevé dans le délai ci-dessus, il y sera procédé dans le mois suivant, à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution, en présence du grevé ou de son tuteur.

ART. 1061. S'il n'a point été satisfait aux deux articles précédents, il sera procédé au même inventaire, à la diligence des personnes désignées en l'article 1057, en y appelant le grevé ou son tuteur, et le tuteur nommé pour l'exécution.

L'inventaire qui doit comprendre même les immeubles, n'est nécessaire que lorsque la substitution résulte d'un legs universel ou à titre universel, ou d'un legs particulier fait *per modum universitatis*, ayant pour objet, par exemple, une succession non encore inventoriée, échue au disposant.

A défaut d'inventaire, les appelés pourront faire preuve de la consistance et de la valeur des biens substitués, par témoins et même par commune renommée (1).

412. Les objets inventoriés devront donc être conservés pour être restitués. Mais il ne peut en être ainsi pour les effets mobiliers corporels, ces objets étant sujets au dépérissement, à la dépréciation, et pouvant être facilement détournés, il vaut mieux les vendre. En conséquence

ART. 1062. Le grevé de restitution sera tenu de faire procéder à la vente, par affiches et enchères, de tous les meubles et effets compris dans la disposition, à l'exception néanmoins de ceux dont il est mention dans les deux articles suivants.

ART. 1063. Les meubles meublants et autres choses mobilières qui auraient été compris dans la disposition, à la condition expresse de les conserver en nature, seront rendus dans l'état où ils se trouveront lors de la restitution.

(1) AUBRY et RAU, § 696; DEMOLOMBE, t. XXII, n°s 483-494; LAURENT, t. XIV, n° 548.

ART. 1064. Les bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres, seront censés compris dans les donations entre-vifs ou testamentaires desdites terres; et le grevé sera seulement tenu de les faire priser et estimer, pour en rendre une égale valeur lors de la restitution.

Ces dispositions ne concernent par les créances qui ne doivent pas être vendues, puisqu'elles constituent un placement tout fait.

S'il s'agissait d'un office dont le défunt était titulaire, le droit de présentation appartiendrait au grevé.

Les titres au porteur devront être convertis en titres nominatifs afin d'empêcher le grevé d'en disposer au préjudice des appelés. Si cette conversion ne peut avoir lieu, les titres seront vendus pour le prix en être placé conformément à l'art. 1067.

413. Le prix provenant de la vente prescrite par les articles précédents sera perçu par le grevé, seul propriétaire, mais à la charge d'en faire emploi :

ART. 1065. Il sera fait par le grevé, dans le délai de six mois, à compter du jour de la clôture de l'inventaire, un emploi des deniers comptants, de ceux provenant du prix des meubles et effets qui auront été vendus, et de ce qui aura été reçu des effets actifs. — Ce délai pourra être prolongé.

ART. 1066. Le grevé sera pareillement tenu de faire emploi des deniers provenant des effets actifs qui seront recouvrés et des remboursements de rentes ; et ce, dans trois mois au plus tard après qu'il aura reçu ces deniers.

ART. 1067. Cet emploi sera fait conformément à ce qui aura été ordonné par l'auteur de la disposition, s'il a désigné la nature des effets dans lesquels l'emploi doit être fait ; sinon, il ne pourra l'être qu'en immeubles, ou avec privilège sur des immeubles.

ART. 1068. L'emploi ordonné par les articles précédents sera fait en présence et à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution.

A défaut de désignation par le disposant, l'emploi, dit l'art. 1067, se fera en immeubles, ou avec privilège sur des immeubles, c'est-à-dire en achetant des créances privilégiées, ou en les payant avec subrogation, le tout en présence et à la diligence du tuteur. Un placement sur première hypothèque pourrait remplacer utilement le privilège.

Remarquons que la présence du tuteur n'est pas requise lors de la réception par le grevé des sommes provenant des

ventes qui ont été effectuées. Les tiers se libèrent donc valablement en payant directement entre les mains du grevé. La présence du tuteur n'est pas requise non plus pour la validité du remboursement au grevé des sommes employées (1). Mais le tuteur en ce cas devra exiger un nouvel emploi et le surveiller.

En définitive il résulte de l'art. 1066 que le grevé a le droit de toucher personnellement les deniers provenant du recouvrement des effets actifs, et qu'il a un délai de trois mois pour en réaliser ensuite l'emploi. Mais si le grevé, après avoir perçu les fonds, laisse passer les délais de six mois ou de trois mois sans faire l'emploi qui lui est prescrit, le tuteur aura seulement le devoir de poursuivre en justice le grevé pour le contraindre à trouver un emploi (2). Si, finalement, il n'y a pas emploi, il résultera seulement de cette infraction aux dispositions de la loi une responsabilité personnelle du grevé qui pourra être invoquée contre lui lors de l'ouverture de la substitution.

414. Le grevé, quoique propriétaire, ne pouvant consentir sur les biens substitués que des droits susceptibles d'être anéantis par l'ouverture du droit des appelés, il était nécessaire de porter la substitution à la connaissance des tiers par l'accomplissement d'une formalité de publicité :

ART. 1069. Les dispositions par actes entre-vifs ou testamentaires, à charge de restitution, seront, à la diligence, soit du grevé, soit du tuteur nommé pour l'exécution, rendues publiques; savoir, quant aux immeubles, par la transcription des actes sur les registres du bureau des hypothèques du lieu de la situation ; et quant aux sommes colloquées avec privilège sur des immeubles, par l'inscription sur les biens affectés au privilège.

ART. 1070. Le défaut de transcription de l'acte contenant la disposition, pourra être opposé par les créanciers et tiers acquéreurs, même aux mineurs ou interdits, sauf le recours contre le grevé et contre le tuteur à l'exécution, et sans que les mineurs ou interdits puissent être restitués contre ce défaut de transcription, quand même le grevé et le tuteur se trouveraient insolvables.

ART. 1071. Le défaut de trans-

(1) *Contrà*, ARNTZ, t. II, n° 2217.
(2) Comp. DEMOLOMBE, t. XXII, n° 509.

cription ne pourra être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers acquéreurs pourraient avoir eue de la disposition par d'autres voies que celles de la transcription.

ART. 1072. Les donataires, les légataires, ni même les héritiers légitimes de celui qui aura fait la disposition, ni pareillement leurs donataires, légataires ou héritiers, ne pourront, en aucun cas, opposer aux appelés le défaut de transcription ou inscription.

Quoique la loi n'en parle pas, il faut admettre que dans l'hypothèse de l'art. 1052, la nouvelle libéralité doit être transcrite conformément à l'art. 1069, et que mention doit en être faite en marge de la transcription de la première donation (1).

Les acquisitions d'immeubles faites à titre d'emploi, en exécution de l'art. 1067 devront être transcrites conformément à la règle générale de la loi du 23 mars 1855, et comme elles doivent indiquer l'origine des deniers et le but de l'acquisition, il en résulte que les tiers intéressés seront prévenus que l'immeuble est grevé de substitution.

A l'égard des capitaux placés par privilège, l'acte de subrogation doit faire mention que ces sommes sont grevées de substitution, et il doit être fait, en marge de l'inscription de ce privilège, mention de cette subrogation.

Pour l'emploi sur première hypothèque, l'acte d'emprunt contiendra la mention que les sommes ainsi placées sont grevées de substitution, et cette mention devra être reproduite dans l'inscription hypothécaire.

Le tuteur doit veiller sous sa responsabilité personnelle à ce que les mentions nécessaires soient insérées dans les inscriptions (art. 1073).

Pour les colonies, il faut observer qu'une ordonnance du 14 juin 1829 relative aux Antilles et à la Guyane, étendue à la Réunion par une ordonnance du 22 novembre 1829, impose (art. 17) aux notaires l'obligation de faire opérer les

(1) DEMOLOMBE, t. XXII, n° 523; COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 232 *bis* I.

transcriptions des actes de transmission de biens grevés de substitution.

Mais il n'était pas possible d'organiser une publicité effective à l'égard des meubles corporels que le grevé est autorisé à conserver, ni à l'égard des sommes placées par le disposant lui-même, ou par le grevé d'après la volonté du disposant, en valeurs autres que celles indiquées dans l'art. 1067.

415. La publicité résultant de la transcription ou d'une inscription est donc nécessaire dans l'intérêt des tiers. Si ces formalités n'ont pas été accomplies, la substitution n'est pas opposable aux tiers qui pourront ainsi opposer le défaut de publicité de l'acte contenant la disposition.

Mais quels sont les tiers dont il est question?

Il faut distinguer suivant que la substitution résulte d'un testament ou d'une donation.

Quand la substitution résulte d'un testament, l'acte n'est soumis à la transcription qu'à raison de la substitution qu'il contient, et les seuls individus intéressés à connaître la substitution sont les ayants-cause du grevé; eux seuls peuvent donc, le cas échéant, opposer le défaut de transcription en vertu des art. 1070 et 1072.

Quand la substitution résulte d'une donation l'acte est soumis à la transcription d'abord comme donation, dans l'intérêt des ayants-cause du donateur, c'est-à-dire de ceux qui voudraient traiter avec lui au sujet des biens donnés, et en second lieu comme contenant substitution, dans l'intérêt des ayants-cause du grevé, c'est-à-dire de ceux qui voudraient traiter avec ce dernier au sujet des biens substitués.

D'abord il ne peut y avoir de difficulté si l'acte a été transcrit en entier. Tous les intéressés se trouvent informés de ce qu'il leur importe de connaître.

Il n'y en aura pas davantage si, par erreur ou autrement, le conservateur en opérant la transcription de l'acte a omis de transcrire la clause de substitution; ou bien encore si, dans

le cas de l'art. 1052, la première donation a seule été transcrite, et non la seconde qui opère substitution. Les ayants-cause du grevé peuvent seuls, dans ces deux hypothèses, invoquer les art. 1070 et 1072.

Mais que décider si l'acte n'a été transcrit ni pour la donation, ni pour la substitution?

La question est de savoir si les art. 1070 et 1072 se réfèrent uniquement à la publicité de l'acte envisagé comme contenant une substitution, laissant le défaut de transcription de la donation régi par l'art. 941; ou bien au contraire les mêmes articles concernent-ils la publicité de l'acte considéré à la fois comme substitution et comme donation, auquel cas l'art. 941 serait modifié dans l'intérêt des appelés, pour les donations faites avec charge de rendre.

Interprétés dans ce dernier sens, les art. 1070 et 1072 voudraient dire que les ayants-cause à titre gratuit du disposant et leurs propres ayants-cause à titre gratuit, ne peuvent pas plus opposer aux appelés le défaut de transcription de la donation que le défaut de transcription ou d'inscription de la substitution.

Cette opinion qui est assez généralement admise paraît rationnelle, car on ne voit pas pourquoi les rédacteurs du Code civil auraient voulu soumettre à des principes différents, vis-à-vis des appelés, la publication concernant la donation et la publication concernant la substitution, alors qu'aujourd'hui, contrairement à ce qui avait lieu autrefois, il n'y a qu'un mode unique de publication, la transcription, s'accomplissant dans le même lieu et de la même manière pour la donation et pour la substitution (1).

La raison de douter, qui a paru à plusieurs auteurs être une raison suffisante de décider (2), vient de ce que l'art. 1072

(1) Aubry et Rau, § 696; Colmet de Santerre, t. IV, n° 238 *bis;* Demolombe, t. XXII, n°s 536 et suiv.

(2) Pison, *Revue critique*, 1859, p. 14 et suiv.; Mourlon, *Transcription*, t. II, n° 430; *Revue pratique*, 1864, p. 477.

étant la reproduction de l'art. 35 de l'ordonnance de 1747, doit être entendu de la même manière que les anciens interprètes entendaient l'ordonnance. Dans ce sens l'art. 1072 ne contiendrait aucune dérogation à l'art 941; il aurait seulement en vue le défaut de publication de l'acte considéré comme substitution, et il signifierait simplement que les ayants-cause à titre gratuit du grevé ne peuvent opposer aux appelés le défaut de publication de la substitution.

Mais il est facile de répondre que le fait seul de l'admission dans la loi d'un mode désormais unique de publication pour les donations et les substitutions, donne une signification nouvelle et différente aux emprunts que les rédacteurs du Code ont pu faire sur ce point aux textes anciens. Du reste la difficulté n'a guère qu'une importance théorique, car il ne paraît pas qu'elle se soit encore présentée dans la pratique.

Observons enfin que la loi du 23 mars 1855 n'a apporté aucune modification aux règles tracées par le Code sur la transcription des substitutions (art. 11 de la loi).

§ 3. — Droits du grevé, avant l'ouverture de la substitution.

416. — Le grevé est propriétaire à charge de rendre ; sens de cette formule.
417. — Tendances de la jurisprudence.
418. — Conséquences diverses de ce fait que le grevé est propriétaire en attendant l'ouverture de la substitution.
419. — Conclusions à tirer de ce qui précède quant à la valeur du régime des substitutions permises.
420. — Responsabilité du tuteur, art. 1073, 1074.
421. — Observation sur les immeubles reconnus *Habous* par la loi musulmane.

416. La connaissance des règles concernant les mesures à prendre dans l'intérêt des appelés, principalement en ce qui concerne la transcription de la substitution, nous permettra

de déterminer quelle est la véritable situation du grevé en attendant que la substitution s'ouvre.

Tout le monde reconnaît que le grevé est propriétaire, qu'il peut aliéner, mais que ses actes d'aliénation tombent lorsque la substitution s'ouvre. C'est ce qui a fait croire à la résolution du droit du grevé. Mais nous savons que cet aperçu est insoutenable et n'est plus aujourd'hui soutenu (Voy. *suprà*, n° 17). « A vrai dire, déclare M. Laurent, le droit du grevé est d'une nature tout à fait particulière : il n'est ni à temps, ni résoluble, il faut s'en tenir à la définition de l'art. 896 : *le grevé est propriétaire, mais à la charge de rendre les biens* aux substitués; il en résulte que le grevé ne peut pas disposer des biens au préjudice des substitués. Mais il n'en résulte pas que le droit du grevé soit résolu (1). »

Mais ce sont là de pures affirmations ne jetant aucun jour sur la difficulté qui consiste précisément à savoir ce que c'est qu'*être propriétaire d'un bien à la charge de le rendre.*

Un point est certain, c'est que le grevé devient par le fait de la clause contenant substitution, propriétaire du bien substitué, à la charge de le rendre si la substitution s'ouvre.

Il devient ainsi propriétaire pur et simple, et non sous condition résolutoire. Il est propriétaire pur et simple, disons-nous, ce qui n'empêche pas que son droit de propriété est susceptible d'être, non pas résolu, mais anéanti par l'effet des chances ordinaires d'extinction qui peuvent se réaliser, par exemple : la perte de la chose.

Or, en cas de substitution, le disposant est autorisé par la loi à ajouter à ces chances ordinaires destructives de la propriété une chance nouvelle, purement artificielle, devant produire le même effet, et résultant de l'ouverture d'une substitution.

De même que, lorsque la chose périt, la propriété s'éteint

(1) LAURENT, t. XIV, n° 562.

sans qu'il y ait à se préoccuper d'un effet rétroactif quelconque, de même, quand la substitution s'ouvre, la propriété s'éteint, à l'égard du grevé, sans qu'il y ait à se préoccuper davantage d'un effet rétroactif quelconque; il y a eu perte juridique de la propriété, comme il aurait pu y avoir perte matérielle.

Mais, en attendant, le grevé était propriétaire; il pouvait donc aliéner, c'est-à-dire transporter à un tiers les chances soit naturelles, soit artificielles ou juridiques menaçant son droit d'extinction, notamment la chance d'extinction résultant de l'ouverture possible de la substitution stipulée. Le tiers n'acquerra la chose qu'en demeurant soumis à la même chance, et le fonctionnement des règles concernant la transcription de la substitution facilitera singulièrement cette opération, puisque les tiers seront ainsi prévenus de l'existence d'une chance particulière d'extinction qui menace le droit par eux acquis.

Or, le même événement, l'ouverture de la substitution, qui constitue une chance défavorable pour le grevé, constitue en même temps une chance favorable pour les appelés. Par cet événement, ces derniers deviennent immédiatement titulaires d'un droit de créance correspondant à l'obligation de rendre qui pèse sur le grevé ou sur ses ayants-cause.

Cette obligation de rendre ne prend naissance que par le fait même de l'ouverture de la substitution. A ce moment, comme une telle obligation a forcément pour objet des corps certains, ou, par l'effet des inscriptions, des créances certaines, les créanciers, c'est-à-dire les appelés, en sont immédiatement saisis de plein droit, en vertu des principes généraux, l'obligation de livrer se trouvant exécutée *ipso jure*. Cela revient à reconnaître que les appelés sont immédiatement rendus propriétaires.

Ils deviennent donc immédiatement propriétaires en vertu de leur titre, ou titulaires des actions qui pourront leur per-

mettre de faire valoir leur droit, le tout sans effet rétroactif. Il ne peut pas plus, en effet, être question à leur égard d'un effet rétroactif, qu'il ne peut en être question à l'égard d'un légataire qui, par le seul fait qu'il a survécu au testateur, voit se réaliser l'expectative dont l'avait investi le testament.

L'appelé, en effet, n'est investi par son titre que d'une simple expectative. Mais cette expectative, il la tient du disposant, en ce sens *capit a gravante*. Quand, par l'ouverture de la substitution, l'obligation de rendre se trouve de plein droit réalisée, l'émolument de cette substitution passe réellement des mains du grevé, ou de ses ayants-cause, dans celles des appelés, ce qui est l'*ordo successivus* voulu par les commentateurs.

Mais s'il n'y a pas d'effet rétroactif, comment expliquer que les appelés puissent agir en vertu de leur titre contre les ayants-cause du grevé?

La justification de ce résultat ressort des explications qui précèdent. Ce n'est pas une condition, c'est une chance (*aléa*), favorable d'un côté, défavorable de l'autre, qui s'est réalisée. S'il est vrai, comme on l'a vu plus haut (*suprà*, n° 335), qu'un légataire ordinaire se trouve investi d'un certain droit, même du vivant d'un testateur, chaque fois que ce dernier est mis dans l'impossibilité d'exercer sa faculté de révocation, à plus forte raison doit-il en être ainsi des appelés dont le titre est toujours nécessairement irrévocable.

Cette irrévocabilité a paru suffisante au législateur pour donner à la substitution le caractère abstrait d'un être de raison, symbolisant les intérêts des appelés, et stipulant pour ces derniers dans les actes de transcription et d'inscription. Ce qui a pu créer une équivoque dans certaines explications qui ont été produites, c'est qu'on a confondu l'*aléa* qui se rencontre dans les substitutions avec une véritable condition et qu'on a oublié que si la condition a un effet rétroactif dans

les conventions c'est uniquement à cause de l'intention présumée des parties (1).

Or, dans les substitutions qui dérivent d'une donation entre-vifs, et à plus forte raison dans celles qui dérivent d'une disposition testamentaire, les parties ou le testateur ont formellement exclu la condition, puisqu'ils ont voulu faire deux libéralités demeurant distinctes, alors que si l'idée de condition avait été admise, l'opération n'aurait pu aboutir, en définitive, qu'à une libéralité unique.

On voit donc comment il se fait qu'en attendant l'ouverture hypothétique de la substitution, le grevé soit propriétaire des biens substitués. Tout ce qu'il est permis de dire, c'est que, à raison de la chance artificielle qui menace son droit, chance qu'on ne retrouve pas dans la propriété ordinaire, il n'a pas une propriété pleine et incommutable.

417. Si l'explication que nous venons de donner ne répondait pas à toutes les objections, c'est que les substitutions, suivant la remarque de M. Laurent, sont une anomalie, et qu'il faut les prendre telles que le législateur les consacre (2). Il faut toutefois remarquer que la Cour de cassation, dans les derniers arrêts où elle a eu l'occasion de s'expliquer sur la nature des droits résultant d'une substitution, emploie des formules qui sont tout à fait en harmonie avec la doctrine qui vient d'être exposée :

« Attendu, dit la Cour suprême, qu'il résulte de la combinaison des art. 1048 et 1053, que les droits des appelés ne s'ouvrent qu'au moment, où ceux du grevé de la charge de rendre cessent d'exister; que la propriété ne pouvant être flottante et incertaine, les droits qui en découlent résident dans les mains du grevé, tant qu'il possède, sauf l'expectative des appelés auxquels n'affère qu'un droit éventuel et subor-

(1) Voy. Maynz, *Elém. de Dr. rom.*, t. II, § 288, note 19, p. 148.
(2) Laurent, t. XIV, n° 537.

donné (1). » Il n'est donc plus question de condition résolutoire ni d'effet rétroactif, et ce langage est d'autant plus significatif, que l'une des décisions de la Cour de cassation intervenait sur un jugement employant encore la vieille formule d'après laquelle le droit du grevé serait soumis à une condition résolutoire (2).

418. De ce que le grevé, quoique soumis à l'obligation de rendre, est propriétaire sans condition résolutoire, il suit :

1° Qu'il peut aliéner ou grever de droits réels les biens substitués. Si la substitution ne s'ouvre pas, les actes de disposition émanés du grevé demeurent définitifs; si la substitution s'ouvre, ces actes deviennent sans objet, comme si la chose avait péri entre les mains des ayants-cause. Ce résultat est forcé; le grevé de substitution ne pourrait être autorisé à aliéner irrévocablement les biens substitués, si ce n'est pour payer les dettes de la succession, car les biens substitués ne cessent pas de faire partie du gage des créanciers du disposant (3). Mais l'autorisation d'aliéner irrévocablement ne pourrait lui être accordée pour le paiement de ses propres dettes (4);

2° Que les biens compris dans une substitution peuvent être saisis et expropriés par les créanciers du grevé, sauf l'anéantissement, comme en cas de perte, des droits de l'acquéreur si la substitution vient à s'ouvrir (5);

3° Que le grevé a l'exercice actif et passif de toutes les actions relatives aux biens substitués; qu'il peut dès lors agir en remboursement des créances comprises dans la

(1) Cass. 7 avr. 1886, D. 87, 1, 220; Cass. 18 mars 1884, D. 84, 1, 419.

(2) Tribunal civil Seine, 22 juin 1883, sous l'arrêt précité du 18 mars 1884.

(3) Douai, 25 avr. 1891, D. 92, 2, 552.

(4) Poitiers, 22 mai 1883, D. 84, 2, 40; Trib. Verviers, 27 oct. 1883, *Pas.*, 83, 3, 360.

(5) Bordeaux, 3 mai 1877 et Orléans, 1er fév. 1876, D. 78, 2, 95.

substitution, que les débiteurs sont valablement libérés par le paiement effectué entre ses mains, et que, dès lors, il peut céder les créances et actions;

4° Que la substitution ne met pas obstacle au droit qui appartient au propriétaire de sortir d'indivision et de demander la licitation. Le tuteur à la substitution interviendra, et le juge en ordonnant la licitation prescrira au profit des appelés les mesures de garantie nécessaires, en exécution de l'art. 1065 (1);

5° Que c'est contre le grevé que court la prescription au profit des tiers, détenteurs ou débiteurs, qui ne tiennent pas leurs droits du grevé lui-même; mais qu'une fois accomplie contre le grevé, la prescription est opposable aux appelés, fussent-ils mineurs, sauf pour ces derniers le droit de faire des actes conservatoires pour interrompre la prescription, la même faculté appartenant d'ailleurs au tuteur à la substitution (2).

Les auteurs, même ceux qui repoussent la doctrine surannée et fausse qui prétend rendre compte de la substitution par la combinaison d'une condition suspensive et d'une condition résolutoire, donnent pour base à la faculté reconnue aux appelés d'interrompre la prescription, la circonstance que ces derniers seraient investis d'un droit conditionnel, et que celui qui a un droit conditionnel peut faire tous actes conservatoires (art. 1180) (3). Cela n'est pas exact; de ce que toute personne investie d'un droit conditionnel peut faire des actes conservatoires, il n'en résulte pas que toute personne pouvant faire des actes conservatoires doive être considérée comme investie d'un droit conditionnel. Ainsi, le légataire, nous l'avons déjà remarqué (*Suprà*, n° 335), est quelquefois reçu à agir conservatoirement, même du vivant du testateur. Or il est

(1) Bruxelles, 23 fév. 1888, *Pas.*, 88, 2, 253.
(2) Paris, 23 déc. 1873, D. 76, 2, 124.
(3) Laurent, t. XIV, n° 571; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 705.

manifeste qu'il n'a aucun droit conditionnel. Si donc les appelés, dans la situation envisagée, peuvent interrompre la prescription, ce n'est pas à raison d'un droit conditionnel dont ils seraient investis, ce qui serait en contradiction avec toute la doctrine précédemment exposée, mais uniquement à raison de l'expectative résultant de leur titre;

6° De ce que le grevé est propriétaire, tant que la substitution n'est pas ouverte, il suit qu'il a le droit de jouir des biens substitués et d'en percevoir les fruits ; de ce qu'il est propriétaire non soumis à une condition résolutoire, il suit qu'il a le droit de garder les fruits, quand la substitution s'ouvre, sans que puisse même se poser la question que l'on pose à l'égard du débiteur conditionnel, de savoir s'il est tenu de restituer les fruits avec la chose au créancier lorsque la condition s'accomplit.

7° Enfin de ce que le grevé est propriétaire soumis à une chance d'extinction juridique de son droit résultant de l'ouverture de la substitution, il suit que cette dernière hypothèse se réalisant les choses doivent se passer comme si le bien substitué avait réellement péri ; ce bien a péri entre les mains du grevé si ce dernier est resté en possession jusqu'au jour de l'ouverture de la substitution ; il a péri entre les mains et au préjudice des tiers détenteurs s'il était passé entre leurs mains par une aliénation ; il a également péri entre les mains et au préjudice des locataires ou fermiers. Dans les trois hypothèses il y a eu perte juridique de la chose et il serait illogique d'admettre à l'égard des locataires ou fermiers une solution qui serait inadmissible à l'égard des tiers détenteurs, sous le prétexte que l'usufruitier pouvant faire des baux obligatoires pour le nu-propriétaire, à plus forte raison les baux faits par le grevé, qui est propriétaire, doivent être obligatoires pour les appelés après l'ouverture de sa substitution (1).

(1) Demolombe, t. XXII, n° 566 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 213, bis III ; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 705.

Mais pour qu'il en soit ainsi à l'égard de l'usufruitier, il a fallu un texte spécial, l'art. 595 dérogeant aux principes généraux, et il n'y a pas de texte semblable pour le cas de substitution (1).

419. Nous pouvons maintenant nous rendre compte de ce que valent les substitutions considérées dans leur fonctionnement :

D'abord elles ne sauraient mettre le grevé à l'abri du besoin, puisqu'il peut restituer par anticipation les biens donnés, ou les aliéner et dissiper le prix de l'aliénation, ou contracter des dettes au-dessus de ses ressources.

Quand le grevé traite avec des tiers, soit pour aliéner les biens substitués, soit pour contracter des emprunts, de deux choses l'une : ou les tiers n'ont pas connaissance, en fait, de la substitution, et alors ils sont trompés; ou ils connaissent la substitution, et alors ils n'achèteront les biens qu'ils savent être substitués que moyennant un prix dérisoire, ou n'avanceront quelques capitaux au grevé qu'à un taux usuraire exorbitant.

Il faut mettre sur la même ligne que les créanciers trompés, ceux qui seront devenus créanciers à la suite de délits ou quasi-délits commis à leur préjudice par le grevé. Quand ils voudront poursuivre le paiement de ce qui leur est dû, ils seront arrêtés par la perspective du résultat à peu près négatif de leurs poursuites. Qui voudra, en effet, devenir adjudicataire des biens dont la vente est poursuivie quand ces biens sont grevés de substitution? seulement quelques spéculateurs qui voudront courir la chance de demeurer propriétaires si la substitution ne s'ouvre pas, mais qui pour ce motif ne voudront débourser qu'un prix infime. Donc la substitution ne peut, en réalité, rendre aucun service au grevé, elle peut, tout au plus, lui permettre d'abuser de l'ignorance des tiers.

(1) Laurent, t. XIV, n° 567.

La substitution ne peut donc profiter qu'aux appelés; elle a donc pour unique base, contrairement aux motifs allégués, le désir de favoriser les calculs de la vanité, et de prévenir ce qu'on a appelé, *la déchéance des familles*.

A quel prix les appelés pourront-ils atteindre ce but?

A la condition de faire à leur père l'injure de répudier sa succession, ou tout au moins de ne l'accepter que sous bénéfice d'inventaire, afin d'achever pour leur compte l'œuvre de tromperie et de spoliation commencée par leur auteur.

Si les appelés, en effet, acceptent la succession de leur auteur purement et simplement, ils se trouveront désarmés vis-à-vis des tiers acquéreurs à qui ils devront la garantie du chef de leur père : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. S'ils ont simplement accepté la succession sous bénéfice d'inventaire, ils pourront sans doute revendiquer les biens aliénés, mais à la charge de garantir les acheteurs à raison de leur émolument.

420. Les appelés se trouveront encore désarmés si toutes les règles édictées pour rendre efficace l'obligation de rendre, n'ont pas été observées. C'est alors que pourront apparaître les questions de responsabilité :

ART. 1073. Le tuteur nommé pour l'exécution sera personnellement responsable, s'il ne s'est pas, en tout point, conformé aux règles ci-dessus établies pour constater les biens, pour la vente du mobilier, pour l'emploi des deniers, pour la transcription et l'inscription, et, en général, s'il n'a pas fait toutes les diligences nécessaires pour que la charge de restitution soit bien et fidèlement exécutée.

ART. 1074. Si le grevé est mineur, il ne pourra, dans le cas même de l'insolvabilité de son tuteur, être restitué contre l'inexécution des règles qui lui sont prescrites par les articles du présent chapitre.

C'est le grevé qui est responsable; mais s'il est mineur, on applique le principe que le fait du tuteur est le fait du mineur, sauf le recours de celui-ci contre son tuteur (1).

421. Les possessions françaises sont régies, pour les substitutions, par les mêmes règles que la métropole. Il n'y a

(1) LAURENT, t. XIV, n° 561.

d'observation à faire que pour les immeubles déclarés *habbous* par le droit musulman, en Algérie et en Tunisie. Ce sont des biens de mainmorte ordinairement constitués au profit d'une mosquée, ou d'un autre établissement pieux. Mais ils peuvent l'être aussi au profit de toute personne privée, enfants nés ou à naître, ou bénéficiaires quelconques; ce sont alors de véritables substitutions (1). L'ordre de dévolution de biens qui en résulte peut être établi suivant la volonté du disposant, avec exclusion des filles, et sans qu'il soit nécessaire de désigner une ville sainte, ou un établissement de charité ou d'utilité publique comme dévolutaires définitifs (2).

En outre, les lois actuelles constitutives de la propriété en Algérie, ne s'opposent pas à ce que la dévolution des biens *habbous*, en l'absence de tous droits reconnus à des étrangers, s'opère entre musulmans et leurs créanciers, conformément à l'ordre successoral établi par le fondateur, et aux droits des personnes appelées par la loi musulmane à en recueillir le bénéfice (3).

(1) CHALLAMEL, *Ann. de législ. franç.*, 1886, p. 177.
(2) Cass. 10 janv. 1877, D. 77, 1, 177.
(3) Cass. 4 avr. 1882, D. 83, 1, 404.

CHAPITRE VII.

DES PARTAGES FAITS PAR PÈRE, MÈRE, OU AUTRES ASCENDANTS ENTRE LEURS DESCENDANTS.

---

§ 1er. — Généralités. — Par qui et entre qui peut être fait le partage d'ascendant.

422. — Trait caractéristique du partage d'ascendant.
423. — Détails historiques; ancien droit.
424. — Système du Code civil dérogeant au droit commun en cette matière.
425. — Nécessité de dispositions spéciales pour le consacrer; qui peut faire un partage d'ascendant, art. 1075.
426. — Quelles personnes doivent être comprises dans un tel partage.

422. Ce chapitre n'est pas à sa place. Le législateur s'est laissé influencer par le côté extérieur des choses. Le partage d'ascendant devant, comme les substitutions, résulter d'une donation entre-vifs ou d'un testament, les rédacteurs du Code ont cru convenable d'en tracer les règles après avoir traité des substitutions. Mais, au fond, le partage d'ascendant n'a absolument aucun rapport avec les matières au milieu desquelles il se trouve réglementé dans le Code civil (1).

Il fallait s'en occuper dans la section première du chapitre III, après les textes relatifs à la quotité et à la réserve des descendants.

Ce qui caractérise, en effet, dans le droit moderne, les par-

(1) On doit consulter sur les partages d'ascendants : GENTY, *Traité des part. d'asc.*, 1850 ; BARAFORT, *Des part. d'asc.*, etc., 1870 ; BONNET, *Théorie et pratique des part. d'asc.*, 1874; RÉQUIER, *Traité théorique et pratique*, 1868, etc., etc.

tages d'ascendants, c'est que cette institution offre à celui qui a des héritiers, en ligne directe descendante, le moyen de régler entre ces héritiers le sort de la réserve. D'après la règle générale, la réserve est dévolue directement aux héritiers qui y ont droit, en vertu de la loi, sans que les père et mère puissent modifier, en quoi que ce soit, le caractère et les effets de cette dévolution.

Mais, par une dérogation grave à ce principe, ils pourront, s'ils emploient comme moyen le partage d'ascendant, modifier notablement cette dévolution, et se substituer en quelque sorte, sur ce point, au législateur lui-même.

423. Comment est-on arrivé à consacrer une telle dérogation?

La filiation des idées est facile à suivre en cette matière :

De tout temps le législateur a voulu encourager et faciliter les distributions de biens faites par les pères eux-mêmes entre leurs enfants, parce qu'il a pensé qu'il y avait là un moyen de prévenir les contestations que fait naître si souvent un partage ordinaire effectué, entre eux, par les enfants eux-mêmes. Pour atteindre ce but, il suffisait de dispenser les ascendants d'observer les règles rigoureuses des testaments.

En conséquence on finit en droit romain par se contenter, pour de pareils partages, à la place d'un testament régulier, d'un écrit indiquant le détail circonstancié des biens à partager et signé soit par l'ascendant, soit par tous les descendants copartagés (1).

L'ascendant pouvait en principe disposer de son patrimoine comme il l'entendait; il n'était pas tenu de distribuer l'universalité de ses biens, et pouvait en laisser valablement une certaine quantité dans l'indivision. Il est encore probable que l'omission complète de l'un des enfants n'entraînait pas la nullité du partage, et que l'enfant omis avait seulement le

(1) Voy. Nov. 18 et 107.

droit de poursuivre la délivrance ou le complément de sa légitime (1).

Les pays de droit écrit suivirent dans cette matière le droit des Novelles. L'ordonnance de 1735 (art. 17) exigea cependant que le partage d'ascendant fût consigné dans un acte public reçu par un notaire en présence de deux témoins, ou par deux notaires, ou dans un acte privé entièrement écrit, daté et signé de la main de l'ascendant. C'étaient encore des formes simplifiées, si on les comparait à celles qui étaient exigées en matière de donations et de testaments.

Pour la grande majorité des pays de droit coutumier, Brodeau atteste que : « Les partages faits par les père et mère entre leurs enfants, prévenant l'office des arbitres ou experts, sont dispensés des formes, règles et maximes ordinaires, pourvu que la volonté soit certaine (2). »

Mais quant au fond, le partage, dans l'institution coutumière, dût comprendre tous les enfants et tous les biens du disposant; et par conséquent le partage d'ascendant apparut alors, en droit coutumier, comme un moyen de régler le sort de la légitime.

Donc, ce qui constituait autrefois le privilège des ascendants voulant faire entre leurs héritiers le partage de leurs biens, c'était l'affranchissement des formes solennelles de la donation entre-vifs ou du testament. Voilà pourquoi les collatéraux et autres qui n'avaient pas été dispensés d'observer ces formes, ne pouvaient profiter du privilège des ascendants pour opérer la distribution de leurs biens.

424. Arrive le Code civil; l'art. 1076 déclare que les partages d'ascendants sont soumis à toutes *les formalités, conditions et règles* prescrites pour les donations entre-vifs et les testaments. C'est, on le voit, le contre-pied des traditions

(1) Voy. Furgole, *Des test.*, chap. VIII, sect. I, n° 149.
(2) Sur Louet, Lettre P, n° 24.

antérieurement reçues. Mais le partage d'ascendant, et c'est là une conséquence des anciennes règles du droit coutumier, pourra comprendre même les biens formant la réserve des descendants.

Est-ce uniquement en vue de ce résultat que les rédacteurs du Code civil ont maintenu le partage d'ascendant ? Non certainement; mais ils ont réglementé le fonctionnement du partage d'ascendant de telle manière, qu'en fait, ce partage se présente surtout comme donnant le moyen de régler le sort de la réserve; de sorte qu'un résultat plutôt accidentel qu'intentionnellement recherché a fini par donner à l'institution son trait distinctif.

Par conséquent le partage d'ascendant n'est pas l'exercice, d'après les règles du droit commun, de la faculté de disposer de ses biens à titre gratuit.

Le partage d'une hérédité est un acte qui fait cesser entre plusieurs cohéritiers l'indivision où ils se trouvent relativement à une succession; il suppose nécessairement une copropriété préexistante.

Or, il n'en est pas ainsi du partage d'ascendant, qu'il soit fait par acte entre-vifs ou par testament. Dans le premier cas, chacun des donataires reçoit directement du disposant la propriété particulière et exclusive des objets composant son lot. Dans le second cas, la succession se trouve partagée avant que les héritiers en soient saisis, et dans aucune hypothèse il n'y a eu indivision préexistante. Mais s'il n'y a pas eu réellement une indivision préexistante, il existait au profit des successibles une *vocation indivise*. C'est en envisageant cette *vocation indivise*, et l'indivision qui en aurait été la conséquence, que la pensée de rendre cette indivision impossible au moyen d'un partage antérieur peut se comprendre. Il faut en effet considérer le partage comme un acte ayant pour but et pour effet, soit de mettre fin à une indivision existant déjà, soit de rendre impossible une indivision

prévue (1). Voilà pourquoi l'opération à laquelle il est procédé par l'ascendant produira entre les copartagés les mêmes effets qu'un partage auquel ils auraient procédé eux-mêmes.

En outre les libéralités dont profitent les copartagés ne sont pas sujettes au rapport et leur tiennent lieu de réserve.

425. Il fallait donc une disposition formelle du législateur pour consacrer ces dérogations au droit commun; c'est ce qui a eu lieu.

ART. 1075. Les père et mère et autres ascendants pourront faire, entre leurs enfants et descendants, la distribution et le partage de leurs biens (*).

C'est, d'après le tribun Favart, l'exercice de *la plus douce magistrature instituée au sein de la famille pour y maintenir la concorde et la paix;* les auteurs ont écrit sur ce sujet des pages *émues* (2). Mais finalement on est obligé de reconnaître que cette *douce magistrature* ne fonctionne pas au gré des intéressés; que le partage d'ascendant, qui devait faire cesser les procès, est au contraire *une source intarissable de discordes et de haines*, comme en témoignent les recueils de jurisprudence, *et qu'il est permis de se demander si ce n'est pas un funeste présent de notre législateur* (3).

De ce que, à tort ou à raison, la faculté de faire le partage dont il s'agit, a été considérée comme étant l'exercice d'une sorte de magistrature domestique, il suit qu'une telle faculté ne pouvait être reconnue qu'aux personnes ayant la qualité d'ascendant.

Par conséquent un descendant ne pourrait faire à ses ascendants la distribution de son patrimoine à titre de partage. La réserve à laquelle les ascendants ont droit ne peut en effet leur être attribuée par des libéralités sous forme préci-

(*) Art. 1075. — L. 8, C. 3, 28, *De inoff. testam.;* Nov. 18, c. 7; Nov. 107.

(1) Comp. DEMOLOMBE, t. XXIII, n° 118; LAURENT, t. XV, n° 82.

(2) Voy. DEMOLOMBE, t. XXII, n° 665.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 712.

putaire; il y aurait là une violation des règles fondamentales de la réserve.

Mais une personne qui n'est point gênée par les règles de la réserve, ne pourrait-elle pas, dans la distribution de son patrimoine entre des collatéraux ou des étrangers, attacher à cette distribution les effets que la loi attribue aux partages d'ascendants? Ne pourrait-elle pas déclarer que la distribution par elle faite sera non avenue si l'un de ses successibles a été omis, que cette distribution sera rescindable si l'un d'eux n'a pas reçu les trois quarts de la portion qui aurait dû lui revenir *ab intestat;* ne pourrait-elle pas leur imposer l'obligation réciproque de garantie en cas d'éviction?

L'affirmative est certaine; de telles clauses n'ayant rien de contraire aux principes du droit, le donateur ou testateur pourrait en faire des conditions ou charges de sa libéralité, pourvu qu'il ait clairement exprimé sa volonté à cet égard; il ne suffirait pas qu'il ait simplement donné à son acte la qualification de partage.

Quant au privilège créé par les art. 2103 et 2109, comme il a été établi par la loi uniquement pour la garantie des vrais partages, le testateur ou donateur ne pourrait, même par une clause expresse, l'affecter à l'exécution d'une donation ou d'un legs, car l'acte envisagé ne peut produire d'effet qu'à ce titre, et non comme contenant un partage analogue à celui que pourrait faire un ascendant.

426. Le partage d'ascendant doit comprendre tout enfant ou ascendant ayant un droit héréditaire, et, par conséquent, l'enfant naturel reconnu tout aussi bien que l'enfant légitime, légitimé ou adoptif (1). Le père pourrait néanmoins écarter son enfant naturel du partage, en lui donnant entre-vifs, en vertu de l'art. 761, la moitié de sa part *ab intestat,* et en déclarant vouloir le réduire à cette portion.

(1) AUBRY et RAU, § 729, texte et note 5; COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 246 *bis* III; DEMOLOMBE, t. XXII, n° 626.

Mais l'ascendant ne doit comprendre dans son partage que ses héritiers immédiats, c'est-à-dire ses enfants et ses petits-enfants issus d'un enfant prédécédé. Par conséquent, si l'ascendant comprenait simultanément dans l'acte ses enfants et ses petits-enfants issus de ces derniers tous vivants, l'acte pourrait valoir comme donation, mais non comme acte de distribution conforme aux art. 1075 et suiv. Il en serait de même s'il avait voulu faire un partage entre son fils unique et les enfants de celui-ci (1). La réciproque est vraie : Le prétendu partage opéré entre deux époux d'une part, et les enfants de l'un des conjoints issus d'une précédente union d'autre part, devrait être considéré comme une donation entre-vifs et non comme un partage d'ascendant (2).

Ce que nous venons de dire n'empêchera pas que le disposant, à raison d'une situation créée par lui-même, ne se trouve quelquefois obligé de faire intervenir des étrangers dans l'opération qu'il a en vue. Il s'agit de donataires ou légataires universels ou à titre universel, antérieurement institués par lui. Il devra nécessairement leur attribuer un lot. S'il ne l'a pas fait, le donataire ou légataire n'aura pas sans doute d'action en nullité à exercer, mais en réclamant l'exécution de sa donation, ou la délivrance de son legs, il fera tomber la distribution faite par le testateur. Ajoutons que dans le cas d'un légataire universel ou à titre universel antérieurement institué, il est d'autant plus nécessaire de le faire figurer dans l'acte, que sa prétérition pourrait faire considérer le legs à lui fait comme révoqué par le partage.

(1) Demolombe, t. XXII, n° 707; Laurent, t. XV, n° 8; *Contrà*, Rigaud et Championnière, *Droits d'enreg.*, t. III, n° 2604 et t. V, n°s 555, 557.

(2) Nancy, 11 juin 1887, D. 88, 2, 183.

§ 2. — Formes et effets du partage d'ascendant; sur quels biens il peut porter.

427. — Comment peut être fait ce partage, art. 1076, § 1.
428. — Du partage réalisé par donation entre-vifs; conditions de validité; comparaison avec les anciennes démissions de biens.
429. — Du partage réalisé par testament; conditions de validité.
430. — Les enfants copartagés sont-ils en ce cas légataires, ou doivent-ils être traités comme héritiers? Controverse.
431. — Ce sont des légataires; conséquences.
432. — Autres effets du partage d'ascendant; d'abord en cas de donation entre-vifs; questions de révocation.
433. — Paiement des dettes; prescription.
434. — Dans les partages par acte entre-vifs, les actions en nullité ou en rescision peuvent-elles être intentées du vivant de l'ascendant?
435. — Aliénation par le testateur de biens mis dans le partage.
436. — La fiction de l'art. 1083 est-elle applicable aux partages d'ascendant?
437. — Biens qui peuvent être compris dans le partage, art. 1076, § 2; 1077.
438. — Conséquences de ce que le partage fait par acte entre-vifs ne peut comprendre que des biens présents.
439. — Partages conjonctifs; les ascendants peuvent-ils faire le partage des biens de la communauté?
440. — L'ascendant peut-il comprendre dans le partage les biens dont il a déjà disposé à titre gratuit en faveur de ses enfants,
441. — Notamment par institution contractuelle?

427. L'ascendant ne peut valablement renoncer à exercer la faculté de faire un partage entre tous ses enfants. Il pourra donc y procéder nonobstant la promesse d'égalité consentie par lui dans le contrat de mariage de l'un de ses enfants (1).

Mais quant à la manière d'y procéder, le Code a gravement innové sur le droit antérieur. Autrefois, les partages d'ascendants résultaient, dans les pays de coutume, d'actes

(1) Dijon, 8 mars 1878, D. 79, 2, 78, et sur pourvoi, Cass. 11 février 1879, D. 79, 1, 297.

« *dispensés des formes, règles et maximes ordinaires* » ou, dans les pays de droit écrit, d'actes soumis uniquement aux formes simplifiées de l'ordonnance de 1735 (*suprà*, n° 423).

Aujourd'hui il n'en est plus ainsi :

ART. 1076, § 1er. Ces partages pourront être faits par actes entre-vifs ou testamentaires, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et testaments.

L'ascendant a donc le choix entre *deux modes* de procéder, et malgré la formule en apparence permissive du texte précité, il ne pourrait valablement en adopter un autre.

On dit quelquefois que le disposant a le choix entre les *deux formes* ci-dessus indiquées, la forme des donations entre-vifs, et la forme testamentaire. Mais ce n'est pas traduire la pensée de la loi. L'art. 1076 ne dit pas, en effet, que l'ascendant pourra adapter au partage qu'il veut faire *la forme* seulement des donations entre-vifs ou des testaments, ou les simples *formalités;* mais il déclare en outre que l'acte entre-vifs ou testamentaire qui aura été dressé sera soumis *aux conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et testaments*. Cela revient à déclarer en d'autres termes que le partage d'ascendant peut seulement résulter d'un acte constituant, pour le fond et pour la forme, une véritable donation entre-vifs, ou un véritable testament.

428. Supposons d'abord que l'ascendant veuille procéder par la voie de la donation entre-vifs; il devra d'abord être capable de faire une telle libéralité, et alors il pourra, le cas échéant, se faire représenter par un mandataire porteur d'une procuration spéciale et authentique. Une femme mariée, non séparée de corps, ne pourrait faire un semblable partage sans autorisation, et une personne pourvue d'un conseil judiciaire, sans l'assistance de son conseil.

Il faut de plus que, de leur côté, les enfants compris dans le partage, aient tous, au moment du partage, la capacité de recevoir par donation. Le partage ne sera donc pas possible si l'un des enfants se trouve frappé d'une peine afflictive per-

pétuelle (L. 31 mai 1854, art. 3), à moins que le gouvernement n'ait relevé le condamné de son incapacité (*même loi*, art. 4).

Le partage ne sera parfait que par l'acceptation expresse, dûment notifiée s'il y a lieu (art. 932), de tous les copartagés sans exception. S'il y a parmi eux des mineurs, l'acceptation se fera d'après l'art. 935, sans que l'ascendant néanmoins puisse accepter en leur nom. Un tuteur *ad hoc* sera alors désigné par le conseil de famille (1). L'acceptation du partage fait par un tuteur au nom d'un mineur ou par le subrogé tuteur, si l'ascendant lui-même était tuteur, n'entraînant aucune aliénation d'immeubles ayant appartenu à ce dernier, n'a pas besoin d'être homologuée par le tribunal (2). La nullité résultant d'un défaut d'acceptation régulière ne pourrait être invoquée contre le mineur (3).

Le refus d'accepter émané d'un seul des copartagés, empêcherait le partage de produire effet, même à l'égard de ceux qui l'auraient accepté, car l'acte ne saurait être traité comme s'il contenait plusieurs donations séparées et distinctes; il renferme une donation collective à titre de partage, et par conséquent indivisible. Donc, tant que le partage n'a pas été accepté par tous les descendants, il peut être révoqué par l'ascendant, et le décès de ce dernier l'anéantit de plein droit.

La règle : *donner et retenir ne vaut*, devra aussi être observée; ainsi il y aurait nullité si une clause de l'acte imposait aux copartagés l'obligation de payer les dettes à venir de l'ascendant (4).

Enfin ce partage est soumis à la formalité de la transcription, s'il comprend des biens susceptibles d'hypothèque (art. 939),

(1) Trib. Bruxelles, 11 avr. 1886, *Pas.*, 87, 3, 98; Voy. LAURENT, t. XV, nos 17, 21, 31.

(2) Cass. 25 fév. 1878, D. 78, 1, 449.

(3) Lyon, 23 mars 1877, D. 78, 2, 33.

(4) Cass. 8 mai 1878, S. 78, 1, 395.

et il doit être accompagné d'un état estimatif, s'il comprend des objets mobiliers (art. 948).

Suivant l'opinion généralement reçue, on peut rattacher le partage d'ascendant opéré par donation entre-vifs, à l'ancienne *démission de biens* contenant partage. La démission de biens, d'après Ferrières (1), se pratiquait entre gens d'un état médiocre, qui, *pour se mettre à couvert de la taille*, et s'assurer de quoi vivre en repos le reste de leurs jours, abandonnaient leurs biens à leurs présomptifs héritiers. Outre ces avantages qui lui étaient spéciaux, la démission de biens offrait, de plus, tous ceux du partage d'ascendant, lorsqu'elle était accompagnée de la division des biens. Or, il était admis que les démissions de biens étaient toujours révocables au gré du démettant, en quoi elles différaient des donations entre-vifs. Donc, la révocation d'une démission de biens entraînait forcément la révocation du partage d'ascendant qu'elle pouvait contenir. Nous faisons remarquer qu'il a suffi au législateur de déclarer que les partages d'ascendants pourraient se faire dans une donation entre-vifs pour que les partages d'ascendants ainsi opérés se trouvent *ipso facto* irrévocables.

D'un autre côté, la démission de biens n'était qu'une *succession anticipée*, dont les effets étaient subordonnés à la condition de survie des démissionnaires qui ne devenaient définitivement propriétaires qu'en acceptant la succession après le décès du démettant, et qui devaient, en principe, restituer les biens démis s'ils répudiaient la succession.

Nous ferons remarquer encore qu'il a suffi au législateur de déclarer que les partages d'ascendant pourraient se faire dans une donation entre-vifs, pour qu'il ne soit plus possible désormais de parler, en ce cas, de *succession anticipée;* il n'y a que des donataires qui sont et demeureront tels; le

(1) *Dict.*, v° *Démiss. de biens.*

partage doit tenir, quand même un enfant loti prédécéderait avec ou sans postérité.

429. Supposons maintenant que l'ascendant veuille procéder au partage au moyen d'un acte testamentaire. Il pourra adopter indifféremment la forme olographe, la forme authentique ou la forme mystique. Mais dans tous les cas, l'acte émané de lui sera un véritable testament.

L'ascendant devra donc avoir la capacité de tester. Donc s'il a perdu cette capacité par l'effet d'une condamnation à une peine afflictive perpétuelle, il ne pourra faire un partage testamentaire, et celui qu'il aurait fait avant sa condamnation devenue définitive sera frappé de nullité (L. 31 mai 1854, art. 3).

Le mineur qui ne pourrait faire un partage par acte entre-vifs, pourra le faire par testament lorsqu'il sera parvenu à l'âge de seize ans.

Celui qui est pourvu d'un conseil judiciaire pourra, par testament, faire le partage sans l'assistance de son conseil, et la femme mariée le pourra également sans autorisation.

Tout le monde est d'accord sur ces différents points. Donc si l'ascendant ne peut faire, par testament, un partage valable, qu'à la condition d'avoir la capacité de tester, ce que les Romains appelaient *la faction de testament active*, il faut nécessairement que les personnes appelées à figurer dans le partage aient de leur côté *la faction passive;* par conséquent un individu condamné à une peine afflictive perpétuelle ne pourrait y être compris (1).

La majorité des auteurs admet cependant que la capacité requise dans la personne des enfants, quand le partage est testamentaire, est simplement celle qui est exigée pour

(1) Bertauld, *Questions du C. Nap.*, t. II, n° 43; Laurent, t. XV, n° 54; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 717.

succéder *ab intestat*, et non celle qu'il faut avoir pour succéder par testament (1).

430. C'est là l'une des conséquences d'une doctrine d'après laquelle on soutient que dans le cas d'un partage testamentaire, c'est la succession légitime qui arrive aux enfants toute partagée. On rattache le partage testamentaire à l'ancien testament *inter liberos* et aux partages réglés par l'ordonnance de 1735, et on affirme que le partage moderne, comme les anciens partages que nous venons de citer, est un acte de dernière volonté, laissant aux enfants et descendants leur qualité d'héritiers *ab intestat*. Dans ce système, la succession demeure légitime, et la vocation des enfants n'est pas changée; il y a cette seule différence entre ce cas et celui d'une succession *ab intestat*, que, dans l'un, le partage est fait avant et dans l'autre après l'ouverture de la succession (2), de sorte que, ainsi que le disait autrefois Guy-Coquille, *chacun prendra en qualité d'héritier, et s'il ne prend en cette qualité il n'aura rien* (3).

« Or, d'après Demolombe, il est naturel de croire que les rédacteurs de notre Code qui n'ont pas annoncé l'intention de changer les anciens principes, ont entendu les maintenir (4). »

Mais s'il a suffi, comme nous l'avons fait remarquer, de la déclaration de l'art. 1076 pour modifier les anciens principes en ce qui concerne les partages faits par donation, comment peut-on soutenir que cette même déclaration ne suffit pas pour modifier ces mêmes principes en ce qui touche les partages faits par testaments? Comment peut-on prétendre, quand il n'est plus possible de parler de *succession anticipée*

(1) Aubry et Rau, § 729, texte et note 2; Demolombe, t. XXIII, n° 30 *bis;* Colmet de Santerre, t. IV, n° 243 *bis* II.

(2) Toullier, t. III, n° 815.

(3) *Cout. du Nivern.*, n° 244.

(4) *Loc. cit.*, n° 97.

en cas de donation-partage, qu'il peut y avoir une succession *arrivant toute partagée* en cas de testament-partage? Est-ce qu'une succession arrivant toute partagée peut encore être une succession *ab intestat?* Est-ce que les attributions contenues dans le testament contenant partage ne sont pas en même temps et nécessairement de véritables legs? Concluons donc que les descendants apportionnés ne sont rien autre chose que des légataires.

431. De là il suit :

1° Que pour recueillir leurs lots, les descendants apportionnés doivent avoir, comme nous l'avons déjà dit, la capacité de recevoir par testament;

2° Que le partage testamentaire étant une simple réunion de legs, tout copartagé peut, par application de l'art. 845, abandonner son titre d'héritier légitime pour s'en tenir à son titre de légataire; la renonciation à la succession de l'ascendant ne lui fait pas perdre le bénéfice du partage;

3° Les enfants ne peuvent être exclus qu'en vertu de l'art. 1046 qui détermine les causes de révocation des legs pour ingratitude; les art. 727 et suivants réglant les cas d'indignité des héritiers *ab intestat* ne leur sont point applicables;

4° Vu leur qualité de légataires les copartageants devront se délivrer mutuellement leurs lots;

5° Le partage est frappé de caducité par le prédécès de l'un des enfants, lorsque cet enfant laisse des descendants; ceux-ci ne peuvent recueillir, par droit de représentation, la part attribuée à leur auteur (1);

6° Le legs sera, selon les circonstances, particulier, universel, ou à titre universel, ce qui entraînera, quant aux dettes, les conséquences ordinaires que nous connaissons déjà. —

(1) Agen, 23 déc. 1847, D. 48, 2, 17, et la note; Voy. LAURENT, t. XV, n°s 104 et 80.

Les créanciers pourront d'ailleurs demander à être payés par préférence aux légataires sur les biens de la succession en vertu de la règle : *nemo liberalis nisi liberatus;*

7° Le point de départ du délai pour l'inscription du privilège des copartageants doit être fixé au jour de l'acceptation du legs ou de la demande en délivrance. Jusqu'à ce moment, en effet, les attributions faites par l'ascendant constituent une réunion de legs et non un partage; elles ne prennent les caractères de partage que lorsque les descendants ont manifesté leur volonté de devenir copartagés, et d'acquérir les bénéfices attachés à cette qualité;

8° Chaque copartagé est libre de répudier la qualité de légataire que lui confère le partage pour s'en tenir à son titre d'héritier légitime, et souvent il aura intérêt à agir ainsi pour défendre, comme nous le verrons bientôt, l'intégrité de sa réserve.

On objecte que si chaque descendant peut ainsi, par une renonciation à son legs, se soustraire aux conséquences du partage fait par l'ascendant, c'est supprimer toute l'utilité de l'institution. Quand même cela serait vrai, l'objection ne porterait pas. On est obligé, en effet, de reconnaître que si tous les enfants renoncent, le partage tombe. Or la renonciation est un acte individuel et non un de ces actes collectifs dans lesquels la majorité fait loi. Donc pour que la renonciation de tous soit valable, il faut que la renonciation de chacun le soit aussi, indépendamment du parti que prendront les autres.

432. Poursuivons l'examen des effets du partage d'ascendant.

Dans le partage opéré par voie de donation, l'ascendant ayant actuellement et irrévocablement transféré à ses descendants la propriété des biens compris dans la donation, doit en opérer la délivrance immédiate, à moins qu'il ne s'en soit réservé l'usufruit (1).

(1) Cass. 29 janv. 1877, D. 77, 1, 105.

Si le partage a été opéré au contraire par voie de testament, ses effets sont ajournés à l'époque du décès du testateur.

Il va de soi qu'une donation-partage faite au profit de descendants, ne peut être révoquée pour cause de survenance d'enfants (art. 960). — Mais la naissance ultérieure d'un enfant entraînerait la nullité du partage, si cet enfant survivait à l'ascendant, puisqu'il se trouverait non compris dans le partage (art. 1078).

Une telle donation, au contraire, est révocable comme les donations ordinaires pour inexécution des charges et pour ingratitude. La révocation prononcée dans ces cas ne produit, en l'absence de clause contraire, que des effets relatifs vis-à-vis de celui qui l'a encourue et qui devra seul restituer les biens qui avaient été placés dans son lot. On ne peut pas dire, que ce dernier, qui a été réellement compris dans le partage, doive être considéré comme ayant été omis, de façon à ce que le partage soit annulé pour le tout (1). Mais sauf le cas où il aurait encouru l'indignité, il pourra venir à la succession du disposant quand elle s'ouvrira, et reprendre, comme héritier, les biens qui formaient son lot, si l'ascendant n'en a pas disposé (2), ou des valeurs représentant celles dont il a été dépouillé par suite de l'action en révocation (3).

A un autre point de vue, celui des ascendants, la révocation ne produira encore qu'un effet relatif. Ainsi, les père et mère font conjointement entre leurs enfants le partage de tous leurs biens confondus, à la charge d'une rente viagère reversible pour moitié sur la tête de celui des donateurs qui survivra à l'autre. A défaut de paiement de la pension par l'un des enfants, le survivant, sauf stipulation particulière dans

(1) Aubry et Rau, § 733, texte et note 4; *Contrà*, Demolombe, t. XXIII, n° 141.

(2) Genty, p. 282.

(3) Douai, 25 juill. 1879, D. 80, 2, 123.

l'acte de donation, pourra, s'il fait prononcer la révocation, reprendre seulement ceux de ses biens personnels qui ont été compris dans le lot de l'enfant contre lequel la révocation a été demandée (1).

433. Les descendants donataires, n'étant donataires que de biens présents, sont toujours des successeurs particuliers, alors même que l'ascendant aurait disposé à titre universel en attribuant à chaque enfant une quote-part des biens. Il suit de là qu'ils ne sont pas de plein droit soumis au paiement des dettes (2). Ils ne pourraient en être tenus qu'en vertu d'une clause spéciale imposée par l'ascendant, et seulement pour les dettes existant au moment de la donation (3).

Il suit encore du même principe que le partage-donation devient au profit des enfants la cause et le point de départ d'une possession nouvelle distincte de la possession de l'ascendant, et leur permettant d'invoquer la prescription soit de trente ans, soit de dix ou vingt ans (4).

434. On voit donc que, dans l'opération mixte que nous étudions, la *donation-partage*, c'est le caractère de donation qui domine dans les rapports existants entre les enfants et leur ascendant ou des tiers.

Mais dans les rapports des descendants entre eux il est évident que le point de vue doit changer, et que l'opération doit être surtout considérée comme constituant ou pouvant constituer un partage. Alors se pose la question de savoir si du vivant de l'ascendant, les enfants peuvent ou ne peuvent pas attaquer ce partage par l'action en nullité ou en resci-

(1) Nimes, 24 oct. 1888, S. 89, 2, 19 ; LAURENT, t. XV, n° 74.

(2) AUBRY et RAU, § 733, texte et note 6 ; COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 87 *bis* III et n° 243 *bis* IV ; DEMOLOMBE, t. XXIII, n° 128 ; LAURENT, t. XV, n°s 75, 76 ; *Contrà*, MARCADÉ, sur l'art. 1076.

(3) Cass. 4 mars 1878, D. 78, 1, 149.

(4) GENTY, p. 269 ; DEMOLOMBE, t. XXIII, n° 136 ; RIQUIER, n° 90 ; LAURENT, t. XV, n° 73 ; Bourges, 25 janv. 1856, D. 59, 1, 305 ; *Contrà*, Orléans, 12 juill. 1860, D. 60, 2, 151.

sion; ou encore si celui d'entre eux auquel a été attribué une soulte, ou qui est évincé des biens placés dans son lot, jouit ou ne jouit pas du privilège établi par l'art. 2103, peut ou ne peut pas exercer contre les autres un recours en garantie?

A la question ainsi posée, la réponse semble facile. De deux choses l'une, en effet; l'opération envisagée durant la vie de l'ascendant est d'ores et déjà un partage, ou n'est pas encore un partage. Si c'est déjà un partage, on doit pouvoir exercer immédiatement l'action en rescision pour cause de lésion et l'action en garantie. Si ce n'est pas encore un partage, il faut ajourner au décès l'exercice de l'une et de l'autre de ces deux actions.

C'est ce dernier système que la Cour de cassation a finalement adopté après l'avoir analysé comme suit :

« Attendu, dit la Cour suprême, que le partage entre-vifs d'ascendant contient deux dispositions qui, en se combinant, concourent au même but : le partage anticipé par l'ascendant de tout ou partie de sa succession entre ses descendants; attendu que les successions ne s'ouvrent que par la mort... ; — Que l'abandonnement et le partage fait par l'ascendant en contemplation de cette mort ne saurait leur donner la qualité d'héritiers... Que l'ascendant ne peut que leur abandonner par avance la propriété de ses biens... et en faire entre eux un partage anticipé destiné, dans sa pensée, à tenir lieu du partage légal au moment de l'ouverture de sa succession; — Que c'est seulement au décès de l'ascendant, lorsque ses descendants copartagés par lui, en qualité d'héritiers présomptifs, auront acquis cette qualité, qu'ils acquièrent en vertu de la loi, dont la *toute puissance* vient compléter l'œuvre de l'ascendant, la propriété, à titre d'héritiers, des biens compris dans le partage qui prend alors la place d'un partage légal et en produit tous les effets (1).

(1) Cass. 24 juin 1868, S. 68, 1, 330.

Ainsi donc, d'après cette jurisprudence, les diverses actions destinées à faire valoir le partage ou à en obtenir l'annulation ou la rescision ne peuvent être exercées qu'après la mort de l'ascendant donateur; c'est alors seulement que la prescription commence à courir contre elles; c'est seulement à partir du décès que le partage entaché de nullité pourra être ratifié expressément ou tacitement (1); enfin, c'est suivant leur valeur à l'époque du décès et non point au jour de l'acte que les biens partagés doivent être estimés pour savoir si le partage contient une lésion de plus d'un quart (2).

Ce système est amendé par quelques auteurs d'après lesquels il faudrait distinguer entre les actions tendant à demander le maintien et l'exécution de la donation, telles que l'action en paiement des soultes et l'action en garantie qui pourraient être intentées du vivant de l'ascendant, et les actions tendant à la nullité ou à la rescision du partage qui ne pourraient être intentées qu'après sa mort (3).

Mais nous ne pensons pas qu'un tel système, même atténué dans le sens qui vient d'être indiqué, soit celui de la loi. Il est manifestement contraire à la volonté du disposant. On s'accorde à reconnaître que la donation contenue dans l'acte entraîne, au profit des donataires, comme toute autre donation entre-vifs, la transmission actuelle de la propriété incommutable des biens, et on refuse le même caractère d'irrévocabilité et d'actualité au partage qui forme, avec la donation une opération indivisible; on se plaît à séparer ce qui, dans la pensée commune de toutes les parties, devait

(1) Orléans, 29 juill. 1880, D. 81, 2, 161; Comp. Cass. 6 août 1884, D. 85, 1, 49.

(2) Cass. 16 déc. 1878, D. 79, 1, 223; Cass. 26 déc. 1876, D. 77, 1, 171; Bourges, 22 déc. 1879, D. 80, 2, 118.

(3) Genty, p. 214 et suiv.; Demolombe, t. XXIII, nos 122, 134, 135, 220 et suiv.

être un tout compacte; on assimile ce partage *entre-vifs*, auquel ont concouru les copartagés, à un partage par testament auquel les copartagés ne concourent pas; d'un partage actuel que les parties ont voulu, on fait un partage éventuel dont aucune des parties n'a voulu.

L'arrêt précité de la Cour de cassation invoque *la toute puissance de la loi*. Cette expression qui fait de la loi une sorte d'entité abstraite ayant des droits particuliers distincts des droits de l'individu, devrait être bannie de toute discussion juridique. Dans le cas actuel, cette prétendue toute puissance est invoquée à contre-sens, car elle est seulement intervenue pour permettre à tout ascendant de faire, de son vivant, entre ses descendants, le partage de ses biens absolument comme si sa succession était ouverte, alors qu'elle ne l'est pas encore, et avec tous les effets immédiats et actuels d'un véritable partage (1). Nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir sur certains détails.

435. Toutes ces difficultés ne se présentent pas, quand l'ascendant emploie, pour opérer le partage de ses biens, la forme testamentaire. Les effets d'un tel partage sont alors ajournés à l'époque de son décès. Il pourra jusqu'à ce moment révoquer ou modifier la répartition qu'il a faite.

Si le testateur aliène partie des biens mis dans le lot d'un ou de plusieurs de ses enfants, sans que ces derniers soient lésés de plus du quart, ou que la réserve soit entamée, l'art. 1038 ne sera pas applicable, à moins que, par cette aliénation, tout le partage soit dénaturé. Si l'aliénation portait sur tous les objets mis dans le lot d'un descendant, le partage serait nul par application de l'art. 1078 pour cause d'exclusion (2).

(1) Réquier, n° 93; Laurent, t. XV, n°s 86, 88; Comp. Aubry et Rau, § 728 1°; Bonnet, t. I, n° 107; Colmet de Santerre, t. IV, n° 24, 3 *bis* XIII; Bertauld, n° 67.

(2) Laurent, t. XV, n° 78.

Si le partage n'est pas révoqué, l'enfant dont le lot est diminué par l'aliénation n'aurait pas l'action en garantie, puisqu'en réalité il n'y a pas eu éviction (1), mais si la diminution dépassait le quart, le partage pourrait être annulé pour cause de lésion.

436. Chaque descendant devient, par l'effet du partage, propriétaire exclusif des biens placés dans son lot, sans jamais avoir eu aucun droit sur les biens composant la part des autres.

On s'est demandé pour les donations-partages et surtout pour les donations testamentaires (2), si cette situation résulte de la fiction établie par l'art. 883 pour les partages faisant cesser une indivision préexistante, ou si elle ne résulte pas plutôt de la réalité des faits, puisqu'il n'y a jamais eu d'indivision entre les copartagés?

Si on admet que chaque copartagé n'est devenu propriétaire exclusif de son lot qu'en vertu de l'art. 883, il faut décider que la soulte attribuée à la femme commune en biens, dans un partage d'ascendant qui ne comprend que des immeubles, doit lui rester propre. Si, au contraire, il n'y a là qu'une conséquence de la réalité des faits, il faut décider que cette soulte, étant mobilière, tombe dans la communauté comme acquêt. On pourrait encore trouver d'autres applications.

On soutient que le partage étant seulement, entre les descendants, un acte de distribution, suppose forcément entre eux une indivision soit réelle, soit fictive, qui a dû tout au moins durer un instant de raison et sans laquelle on ne saurait expliquer l'existence de l'action en garantie, du privilège et de l'action en rescision pour cause de lésion (3).

(1) LAURENT, *loc. cit.; Contrà*, AUBRY et RAU, § 733, texte et note 11; COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 243 *bis* VII.

(2) Voy. DEMOLOMBE, t. XXIII, n°s 118 et 137.

(3) DEMOLOMBE, t. XXIII, n°s 118, 137, 138; LAURENT, t. XV, n° 82.

Mais aucune loi n'établit l'indivision fictive qui sert de base à ce raisonnement. Pourrait-on dire avec quelques auteurs, que l'acte envisagé peut être décomposé de la manière suivante : 1° attribution collective des biens qu'il s'agit de partager à tous les héritiers présomptifs, ce qui les rendrait copropriétaires par indivis, dans le cas de donation, et permettrait de les considérer comme tels, dans le cas d'un testament ; 2° partage par l'ascendant lui-même des biens qu'il a ainsi rendus indivis ou considérés comme tels (1) ? Mais c'est prêter au disposant une inconséquence un peu trop subtile que d'admettre qu'il a créé une indivision, laquelle ne cesse pas d'être fictive, même dans le cas de donation, pour la détruire dans le même instant.

La vérité est qu'il n'y a jamais eu, entre les copartagés, d'indivision préexistante ni réelle, ni fictive (Voy. ci-dessus, n° 357) (2). Le législateur n'avait pas besoin de créer une fiction pour autoriser un ascendant à procéder au partage de ses biens. Il a fait pour une telle distribution ce que peut faire, de l'aveu de tout le monde, une personne quelconque qui déclare, en divisant son patrimoine entre des collatéraux ou des étrangers, vouloir attacher à cette distribution les effets ordinaires attribués aux vrais partages, avec cette différence que la volonté de la loi, plus forte que la volonté privée, a pu y comprendre le privilège des art. 2103 et 2109 (Voy. ci-dessus, n° 425).

437. Il entrait si peu dans les vues du législateur de traiter le partage d'ascendant comme portant sur une succession ouverte par anticipation, ou considérée comme telle, que pour le cas où une confusion à cet égard était possible, c'est-à-dire pour le cas d'une donation, il a formellement exclu la division des biens à venir :

(1) Voy. BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 715.
(2) Voy. RÉQUIER, p. 97, 122, 133 ; Comp. AUBRY et RAU, § 728.

ART. 1076, § 2. Les partages faits par actes entre-vifs ne pourront avoir pour objet que les biens présents.

ART. 1077. Si tous les biens que l'ascendant laissera au jour de son décès n'ont pas été compris dans le partage, ceux de ces biens qui n'y auront pas été compris, seront partagés conformément à la loi.

Il résulte du paragraphe final de l'art. 1076, que l'ascendant ne pourrait faire entrer dans le partage entre-vifs les biens qu'il se propose d'acquérir, ou qui pourraient lui échoir dans une succession non encore ouverte, etc.

Si cette disposition n'est qu'une application de la règle générale de l'art. 943, ainsi que le pensent plusieurs auteurs, il faut décider que le partage comprenant des biens à venir, est nul quant à ces biens seulement, mais reste valable quant aux biens présents (1). Ainsi entendu, l'art. 1076 § 2 était complétement inutile. Mais on peut arriver au même résultat sans voir dans ce texte une répétition surabondante.

Nous pensons en effet qu'il a une toute autre signification. Il a pour but, ainsi que l'art. 1077 auquel il se rattache étroitement, d'innover sur l'ancienne législation concernant les démissions de biens.

D'après Pothier : « la démission de biens était un acte par lequel une personne, en anticipant le temps de sa succession, se dépouillait *de l'universalité de ses biens* (2)... » Il était même nécessaire que la formule de transmission employée indiquât nettement un dessaisissement à titre universel; il ne suffisait pas que tous les biens eussent été compris dans la démission par voie d'énumération, car la disposition n'eût alors constitué qu'un titre particulier (3).

Or, c'est précisément ce qu'a voulu le législateur moderne.

(1) Voy. DALLOZ, v° *Disposit.*, n° 4519; LAURENT, t. XV, n° 37; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 720.

(2) Introd. au titre des Succ., *appendice* § 1, n° 1; *Cout. d'Orléans*, n° 13.

(3) POTHIER, *Cout. d'Orléans, append.* § 1, n° 6; FURGOLE, *Testam.*, ch. 8, sect. 1, n° 185.

Le partage d'ascendant ne doit plus être désormais qu'un titre particulier ordinaire, et par conséquent quelle que soit la formule employée, il ne peut recevoir d'application qu'aux biens présents.

Mais le législateur va plus loin; dans l'ancien droit, le partage d'ascendant devait, à peine de nullité, comprendre tous les biens du donateur, et la même décision avait été prise pour la démission de biens qui devait porter sur tout le patrimoine. Or, la simple déclaration que le partage par acte entre-vifs ne pourrait avoir pour objet que les biens présents aurait pu laisser quelque doute et peut-être faire croire qu'il devait porter sur *tous* les biens présents. Pour éviter cette équivoque, les rédacteurs du Code, par une dérogation implicite à l'ancien droit français, permettent au disposant, par l'art. 1077 de ne partager qu'une partie de sa fortune, et reviennent ainsi au droit des Novelles.

Si la démonstration qui précède est exacte, il en résulte que l'art. 1076 § 2 n'est ni une répétition inutile de l'art. 943, ni une innovation sur cet article. Il se meut dans un autre ordre d'idées, laissant d'ailleurs à l'art. 943 son champ ordinaire d'application. Voilà pourquoi si un partage entre-vifs comprend des biens à venir il ne sera pas nul pour le tout, du moins en principe et en vertu de l'art. 943 seul applicable. Mais par la force des choses la nullité sera totale si le retranchement des biens qui y ont été indûment compris, détruit entièrement l'harmonie du partage (1).

438. La donation-partage devant toujours être une donation de biens présents, il en résulte qu'elle ne doit comprendre que des biens faisant actuellement partie de l'actif du donateur.

Par conséquent, il n'y aurait pas partage dans l'acte qua-

(1) Comp. GENTY, p. 133; DEMOLOMBE, t. XXIII, n° 67; RÉQUIER, n° 125; Toulouse, 31 déc. 1883, D. 84, 2, 81.

lifié tel, par lequel l'ascendant, après avoir attribué un immeuble à l'un des enfants, déclarerait attribuer aux autres une somme équivalente à prélever dans sa succession et dont il servirait les intérêts. Ce serait là grever le passif d'une dette dont rien ne garantit l'efficacité (Voy. ci-dessus, n° 218). La Cour de cassation tout en reconnaissant que l'acte ne peut valoir comme partage admet cependant qu'il est valable comme donation en avancement d'hoirie; cela est contraire à la volonté des parties qui n'ont pas entendu contracter sur un avancement d'hoirie, et à la nature juridique de l'acte qui ne saurait être scindé (1).

Le donateur pourrait au contraire comprendre valablement dans son partage les créances et droits, même non liquidés, dont il serait actuellement investi vis-à-vis de tiers, et notamment sa part dans la communauté d'acquêts ayant existé entre lui-même et son conjoint prédécédé (2). En effet, lorsque l'ascendant a la propriété indivise de certains biens avec un tiers, il peut partager entre ses enfants la part indivise qu'il possède; ceux-ci se trouvent alors dans l'indivision avec ce tiers. Il peut aussi mettre fin à l'indivision en faisant intervenir le tiers au partage qu'il fait entre ses enfants. Enfin, si l'ascendant ne peut en principe comprendre dans le partage de ses biens que ceux qui lui appartiennent, rien ne s'oppose à ce que, du consentement de tous les enfants majeurs et capables, les biens de l'auteur prédécédé soient confondus dans une seule masse avec ceux de l'ascendant donateur (3).

439. Rien ne s'oppose, non plus, à ce que le père et la mère s'entendent pour faire, par le même acte entre-vifs, le partage entre leurs enfants communs de leurs biens confondus

(1) Voy. Cass. 10 déc. 1855, D. 55, 1, 163; LAURENT, t. XV, n° 41.
(2) Rouen, 20 déc. 1873, D. 77, 5, 318.
(3) Riom, 29 oct. 1888, D. 90, 2, 330.

en une seule masse (1); comme aussi celui qui a des enfants nés de lits différents peut faire entre eux le partage de ses biens par un acte où interviendrait son conjoint pour faire une libéralité à son propre enfant (2). Mais, dans ce dernier cas, les conjoints ne pourraient confondre leurs biens en une seule masse, puisque les enfants d'un seul des conjoints ne peuvent avoir aucun droit sur les biens de l'autre.

En toute hypothèse la femme mariée sous le régime dotal ne peut partager entre-vifs ses biens dotaux non déclarés aliénables par le contrat de mariage.

Si les conjoints sont mariés sous le régime de la communauté, ils peuvent sans difficulté procéder par actes entre-vifs, conjonctifs ou séparés, à la distribution de leurs biens propres. Mais la question est de savoir s'ils peuvent comprendre dans une distribution faite conjointement, les biens de la communauté soit légale, soit réduite aux acquêts?

La négative est adoptée par les auteurs qui reconnaissent à la communauté le caractère de personne morale. Dans cette opinion, en effet, les biens communs apparaissent comme étant, par rapport aux époux, des biens à venir, non susceptibles d'être valablement compris dans une distribution entre-vifs.

Quant à ceux qui refusent à la communauté ce caractère de personne morale ils sont divisés sur la question. Les uns font remarquer que le mari ne peut disposer à titre gratuit des immeubles de la communauté que dans certaines limites (art. 1422), et que la femme n'a jamais cette capacité, sauf peut-être le cas exceptionnel de l'art. 1427. Donc les époux ne pourraient pas faire ensemble un acte qu'ils n'ont pas le droit de faire séparément (3).

(1) Poitiers, 16 août 1883, D. 84, 2, 133; DEMOLOMBE, t. XVIII, nos 80, 81; LAURENT, t. XV, no 48.

(2) Bordeaux, 17 déc. 1875, D. 77, 2, 211; Comp. Nancy, 11 juin 1887, D. 88, 2, 183.

(3) LAURENT, t. XV, no 49; Comp. BERTAULD, t. II, nos 179, 182.

D'autres estiment que si les pouvoirs du mari sur les biens de la communauté ont été limités, c'est uniquement dans l'intérêt de la femme, et que l'intervention de cette dernière doit faire disparaître les limites imposées ; que c'est encore dans son intérêt et dans celui de son mari qu'elle est elle-même incapable quant à l'aliénation des biens communs, et que l'autorisation du mari doit la relever de cette incapacité. La jurisprudence est dans ce sens (1). Nous aurons l'occasion de revenir plus tard sur ces difficultés.

L'ordonnance de 1735 (art. 77) avait admis que les ascendants pourraient faire, par le même acte, le partage de leurs biens entre leurs enfants. Mais le Code n'ayant pas reproduit cette disposition, il ne saurait être question aujourd'hui de partages conjonctifs par testament.

440. Le partage testamentaire ne produisant d'effet qu'au décès de l'ascendant, peut comprendre les biens à venir; c'est ce qui résulte implicitement de l'art. 1076 § 2.

Mais la loi qui s'est occupée du sort des biens à venir ne parle pas des biens dont l'ascendant a déjà disposé au profit de ses enfants. Pourrait-il les comprendre dans le partage qu'il veut opérer?

Si le partage doit être effectué au moyen d'un testament, il faut distinguer :

Les biens déjà donnés par préciput avec dispense de rapport ne peuvent plus être compris dans le partage, puisqu'ils sont définitivement sortis du patrimoine de l'ascendant. La disposition qui tendrait à les y comprendre devrait donc être annulée par application de l'art. 1021, aussi bien dans l'opinion qui reconnaît au partage testamentaire un caractère attributif, et aux copartagés la qualité de légataires, que dans l'opinion de ceux qui considèrent le partage comme étant

(1) Genty, p. 162; Aubry et Rau, § 731 ; Demolombe, t. XXIII, n° 85; Cass. 5 fév. 1850, D. 50, 1, 97; 20 avr. 1850, D. 52, 1, 25.

simplement l'acte de distribution d'une succession éventuelle, et les copartagés comme des héritiers.

S'il s'agit au contraire de biens donnés en avancement d'hoirie, le testateur pourra les comprendre dans le partage puisqu'ils sont sujets à rapport. Il pourra donc les mettre dans le lot d'un autre que le donataire. Celui-ci, dans ce cas, ne pourra conserver les biens reçus en avancement d'hoirie qu'en renonçant à la succession, ce qui entraînera la chute du partage. Le testateur agira donc prudemment en plaçant les biens donnés dans le lot du donataire lui-même (1).

Quand le partage doit être effectué au moyen d'une donation entre-vifs, le disposant peut y comprendre tous les biens qui ont été l'objet de libéralités antérieures faites aux copartagés, sans qu'il y ait lieu de distinguer, comme pour le partage testamentaire entre les donations préciputaires et les donations en avancement d'hoirie, car le consentement des copartagés donataires lève à cet égard tout obstacle. Mais les droits réels que des tiers auraient pu acquérir sur les biens donnés antérieurement au partage seront conservés. Il s'agit en effet d'un rapport volontaire auquel ne s'applique pas l'art. 865 (2).

441. La jurisprudence reconnaît encore à l'ascendant le droit de faire un partage soit par acte entre-vifs, soit par testament, nonobstant l'existence au profit de l'un des enfants d'une institution contractuelle ayant pour objet une quote-part indivise des biens de la succession. Mais en même temps elle autorise une demande en complément de la part de l'institué si le partage ne lui donnait pas les biens auxquels il a droit comme héritier contractuel, plus sa part héréditaire, quand même le déficit ne s'élèverait pas au quart (3). Mais il est

(1) Genty, p. 131 et suiv.; Aubry et Rau, § 731, p. 225.

(2) Réquier, n° 130; Demolombe, t. XXIII, n° 76.

(3) Caen, 21 mars 1838, S. 38, 2, 419; Cass. 26 mars 1845, D. 46, 1, 374; Cass. 7 avr. 1873, D. 73, 1, 421; Comp. Demolombe, t. XXIII, n°s 78, 185.

difficile de soutenir qu'en substituant ainsi au droit indivis de l'institué sur la succession tout entière, un droit divisé sur certains objets déterminés le testateur ne porte aucune atteinte, par une disposition à titre gratuit, au bénéfice de l'institution, et ne viole pas l'art. 1083 (1).

Il résulte de l'art. 1077 que l'ascendant peut ne faire qu'un partage partiel. Il faudra dans ce cas procéder, suivant les règles du droit commun, à un partage supplémentaire, sans que les enfants soient tenus de rapporter dans ce partage, pour composer la masse, les biens déjà distribués par l'ascendant. Ce nouveau partage demeurera distinct du premier. L'ascendant qui a fait un partage partiel par acte entre-vifs, pourrait d'ailleurs le compléter lui-même par un second partage supplémentaire fait par testament.

§ 3. — Causes de nullité ou de rescision du partage d'ascendant.

442. — Nécessité de comprendre dans le partage tous les descendants, art. 1078.
443. — Conséquences.
444. — De la lésion, art. 1079, § 1.
445. — A quelle époque doivent être estimés les biens partagés pour savoir s'il y a eu lésion?
446. — Effets de la rescision.
447. — Les art. 826 et 832 sur la composition des lots dans les partages ordinaires, sont-ils applicables aux partages d'ascendant? Controverse.
448. — Cas où un avantage excessif résulte pour l'un des copartagés du partage et de dispositions préciputaires, art. 1079, § 2.
449. — Nature de l'action résultant du texte précité.
450. — Valeur des clauses ayant pour but d'empêcher que le partage soit attaqué.
451. — Avance de frais de la part du demandeur en nullité, art. 1080.
452. — Régime fiscal des partages d'ascendant.

442. Conformément aux règles du droit coutumier, diffé-

(1) LAURENT, t. XV, n° 44.

rentes en ce point de celles du droit romain, le partage d'ascendant, pour être valable, doit comprendre tous les enfants du disposant :

ART. 1078. Si le partage n'est pas fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès et les descendants de ceux prédécédés, le partage sera nul pour le tout. Il en pourra être provoqué un nouveau dans la forme légale, soit par les enfants ou descendants qui n'y auront reçu aucune part, soit même par ceux entre qui le partage aurait été fait.

L'hypothèse envisagée par le texte peut se produire :

1° Si l'ascendant, depuis le partage, a eu un nouvel enfant;

2° S'il a légitimé par mariage subséquent un enfant naturel;

3° Si un enfant absent au moment du partage, a reparu soit du vivant de l'ascendant, soit avant l'expiration des trente ans depuis l'ouverture de sa succession;

4° Si un enfant dont l'état n'était pas reconnu a fait constater sa légitimité avant l'ouverture de la succession, ou avant l'expiration des trente ans depuis ce jour;

5° Si après avoir fait un partage entre ses enfants adoptifs, le disposant a fait une nouvelle adoption;

6° Il faut assimiler à une omission le cas où un descendant n'a pas été compris dans le partage au titre de sa vocation héréditaire au moment du décès; si un enfant naturel, par exemple, après avoir été loti en cette qualité, était légitimé par mariage subséquent.

C'est donc le moment du décès de l'ascendant qu'il faut considérer pour savoir si le partage a été fait entre tous ceux qui devaient y être compris. Par suite, un partage qui d'abord ne comprenait pas tous les descendants peut se trouver en quelque sorte validé par le prédécès sans postérité des enfants omis, par leur indignité, ou par leur renonciation à la succession de l'ascendant.

443. Par conséquent le partage testamentaire sera considéré comme inexistant lorsqu'un enfant y aura été omis, mais il ne sera entaché de nullité, ni par le prédécès de l'un ou de plu-

sieurs des cohéritiers copartagés, morts sans postérité, ni par le prédécès de l'un d'eux mort avec des enfants. Dans le premier cas, la disposition se trouvant caduque, les biens restés dans le patrimoine du défunt doivent être partagés entre les enfants survivants, conformément à la loi, et dans le second cas les petits enfants recueillent par représentation la part attribuée à leur auteur (1). Quant au partage entre-vifs, la loi ne le déclare nul pour le tout que si, lors du décès de l'ascendant, tous les enfants n'y ont pas été compris. Si à cette époque l'enfant omis demande un nouveau partage les biens partagés seront remis dans la masse héréditaire. Les enfants apportionnés conserveront sans doute les fruits qu'ils ont perçus; mais les aliénations par eux consenties seront-elles maintenues? L'affirmative ne semble pas douteuse, puisqu'ils étaient propriétaires, et que le partage ne peut être considéré comme inexistant qu'à partir du décès de l'ascendant. C'est un cas où la propriété est révoquée sans rétroactivité, car il ne s'agit pas d'un cas de condition résolutoire (2). La jurisprudence décide cependant que l'inexistence du partage, dans le cas envisagé, ou sa nullité, pour employer l'expression dont elle se sert, entraîne la nullité de toute aliénation faite par le donateur *avant l'annulation* de la donation-partage, et que les tiers-acquéreurs ne peuvent opposer que la vente aurait été faite par un héritier apparent, ou que la prescription décennale est accomplie, ou que l'immeuble aliéné peut, par l'effet du nouveau partage, se trouver dans le lot de l'héritier vendeur, et qu'en définitive l'annulation du partage ne peut avoir d'autre effet que de constituer ce dernier débiteur envers la masse de la succession de la valeur des biens aliénés (3). Il est certain que toutes ces raisons

(1) Riom, 7 mars 1885, D. 87, 2, 8.

(2) Aubry et Rau, § 730, note 12; Laurent, t. XV, n° 96.

(3) Riom, 14 déc. 1886; Rouen, 12 fév. 1887, S. 88, 2, 42 et 158; Lyon, 6 mars 1878, D. 78, 2, 65.

sont d'une valeur médiocre; il y en a une au contraire qui est péremptoire, c'est que le vendeur était propriétaire.

Quoiqu'il en soit, d'après la solution consacrée par la jurisprudence, le tiers acquéreur, s'il a été de mauvaise foi, ne jouira pas du droit de rétention reconnu à l'héritier qui fait un rapport en nature; il ne pourra retenir la possession de l'immeuble jusqu'au remboursement des dépenses qu'il a faites en améliorations et en construction.

Le partage dans lequel un enfant a été omis est inexistant, et par conséquent non susceptible de confirmation (1). Il n'est donc pas nécessaire d'intenter une action pour en provoquer l'annulation (2), le vice dont il est affecté opérant de plein droit (3). Aussi la disposition finale de l'art. 1078, autorise-t-elle à réclamer *de plano* un nouveau partage, non seulement l'enfant omis, mais encore ceux entre lesquels le partage a été fait. Il ne pouvait pas en être autrement; tant qu'un nouveau partage n'a pas été effectué, les anciens copartagés se trouvent dans un état provisoire et incertain qu'ils ont intérêt à faire cesser au moyen de l'action que leur reconnaît l'art. 1078, et qui doit être imprescriptible comme toute action en partage (4).

Si l'on admet que le partage dont il s'agit est inexistant, il faut reconnaître qu'il ne peut valoir comme donation; mais l'acte qui le contient peut aussi comprendre d'autres faits juridiques distincts, par exemple des dons et avantages préciputaires à l'adresse d'un enfant ou d'un étranger. Ces dispositions doivent être maintenues, car elles sont indépendantes du partage. Les libéralités faites à l'un des successibles qui ne résulteraient que de la composition

(1) Besançon, 23 mars 1880, D. 81, 2, 15.

(2) Rouen, 20 déc. 1873, D. 77, 5, 318.

(3) Lyon, 6 mars 1878, D. 78, 2, 65; Demolombe, t. XVIII, n° 167 et les autorités citées; Comp. Aubry et Rau, § 730, note 10.

(4) Laurent, t. XV, n° 95.

même des lots tomberaient au contraire avec le partage (1).

444. Dans les cas de prétérition d'enfant, le vice qui affecte le partage est absolu, opérant de plein droit, indépendamment de toute décision judiciaire. Il en est autrement dans les cas de lésion, de composition illégale des lots, ou d'atteinte portée à la réserve.

Parlons d'abord de la lésion :

ART. 1079. Le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart : il pourra l'être aussi dans le cas où il résulterait du partage et des dispositions faites par préciput, que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet.

C'est l'application du principe établi par l'art. 887.

Par conséquent, pour savoir si l'un des enfants est lésé de plus du quart, il faut considérer uniquement les biens compris dans le partage et non la masse totale des biens composant le patrimoine de l'ascendant. Cependant si ce dernier a fait plusieurs partages successifs soit par acte entre-vifs, soit par testament, il faudra apprécier la lésion sur l'ensemble des biens formant l'objet de ces divers partages, l'ascendant ayant peut-être voulu réparer par les partages postérieurs l'inégalité résultant des premiers. Les biens dont l'ascendant a antérieurement disposé, ou dont il a négligé de disposer n'entreront donc pas en ligne de compte pour l'appréciation de la lésion.

Il en résulte que l'action en rescision se trouve indépendante du droit qui appartient aux descendants comme héritiers à réserve.

Il pourra donc arriver :

1° Qu'un descendant qui a reçu moins que sa réserve n'ait pourtant pas le droit de se plaindre;

2° Qu'un enfant auquel le partage a attribué plus que sa

(1) Bordeaux, 20 août 1853, D. 55, 5, 258; LAURENT, t. XV, n°s 97 et 98; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XXIII, n° 169; Comp. GENTY, p. 303.

part réservataire, ait cependant contre l'acte l'action en rescision;

3° Qu'un enfant qui a finalement reçu plus que la part qui aurait dû lui revenir dans une distribution égale des biens de son ascendant, puisse néanmoins agir en rescision.

Ainsi, soient deux enfants et une fortune à partager de 24000 fr. donnant une réserve de 8000 fr. et une quotité disponible de pareille somme.

Si, dans le partage, le père attribue à l'un un lot valant 15500 fr., et à l'autre un lot valant 8500 fr., ce dernier qui est lésé de plus du quart, pourra demander la rescision, quoiqu'il ait reçu plus que sa réserve.

Si le père avait disposé au profit d'un étranger de la quotité disponible qui est égale à 8000 fr., et attribué 9000 fr. à l'un des enfants et 7000 fr. à l'autre, ce dernier qui reçoit en réalité moins que sa réserve ne pourra pas se plaindre puisqu'il n'est pas lésé de plus du quart.

Enfin, si le père donne par préciput la quotité disponible, soit 8000 fr., à l'un des enfants et attribue ensuite à ce dernier un lot de 5000 fr. et à l'autre un lot de 11000 fr.; l'enfant préciputaire est lésé de plus du quart et pourra demander la rescision, quoi qu'en fait il reçoive 13000 fr., c'est-à-dire plus de la moitié de l'ensemble des biens héréditaires, moitié qui représentait sa part dans la succession (1).

Nous nous sommes déjà expliqué sur le point de savoir si l'action en rescision peut, dans les partages par actes entre-vifs, être intentée du vivant de l'ascendant (ci-dessus, n° 434); nous n'avons pas à y revenir, nous bornant à rappeler que la Cour de cassation juge depuis longtemps que cette action ne s'ouvre qu'au décès de l'ascendant (2). Dans ce cas l'action dure dix ans (art. 1304), et le point de départ de la prescrip-

(1) Voy. BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 725.
(2) Cass. 23 mars 1887, D. 87, 1, 400.

tion sera, suivant la doctrine qu'on voudra suivre, soit la date du partage, soit celle du décès du disposant ou du survivant des ascendants en cas de partage conjonctif (1).

445. Mais à quelle époque faut-il se placer pour estimer les objets partagés et décider si le partage contient ou ne contient pas une lésion?

Le principe de solution est contenu dans l'art. 890, applicable sans contestation au partage d'ascendant, et duquel il résulte que : pour juger s'il y a lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage.

La question revient donc à savoir à quelle époque la distribution faite par l'ascendant produit les efiets d'un partage.

Pour les partages testamentaires, il n'y a pas de difficulté; il n'y a qu'une époque à envisager, celle du décès; c'est donc suivant la valeur des biens à cette date, que la lésion sera appréciée.

Pour les partages entre-vifs, l'opinion qui les considère comme un ensemble de donations en avancement d'hoirie, ne prenant le caractère de partage qu'après la mort de l'ascendant, enseigne que c'est à l'ouverture de la succession seulement qu'il devient possible d'estimer les biens (2).

Mais si l'on pense au contraire que le partage entre-vifs produit tous ses effets dès le moment de sa confection, et confère aux descendants, du vivant même de leur auteur, le double titre de donataires et de copartagés, il faut décider que les biens doivent être estimés d'après leur état et leur valeur au moment de la donation (3).

(1) Orléans, 29 juill. 1880, D. 81, 2, 161; Toulouse, 26 juill. 1878, D. 79, 2, 177.

(2) Genty, p. 317 et 318; Aubry et Rau, § 734, texte et notes 11 et 12; Demolombe, t. XXIII, n° 220 à 221 *bis;* Cass. 25 août 1869, D. 69, 1, 454; Cass. 26 déc. 1876, D. 77, 1, 171; Bourges, 22 déc. 1879, D. 80, 2, 118.

(3) Labbé, *J. Pal.*, 1863, p. 934 et suiv. et 1878, p. 369; Laurent,

L'estimation, quand il y aura lieu, sera faite par experts; l'arrêt qui ordonne cette estimation et charge les experts de donner leur avis sur la plus-value procurée aux biens litigieux par les améliorations dues à l'un des copartagés, est purement préparatoire, et par suite non susceptible d'un pourvoi en cassation (1).

Le caractère aléatoire des prestations viagères mises à la charge de l'un des enfants au profit de l'ascendant, ne ferait pas obstacle à ce que le juge saisi d'une demande en rescision, ordonne l'évaluation des immeubles donnés pour apprécier l'importance relative des charges dont il s'agit et de ces immeubles (2).

446. La rescision du partage, si elle est prononcée, ne produit pas la résolution immédiate des aliénations consenties par un ou plusieurs des copartagés au profit de tiers. Cette résolution demeure subordonnée aux résultats du nouveau partage auquel il faudra procéder, et qui aura pour résultat, en mettant fin à l'indivision, de fixer définitivement les droits des cohéritiers sur les biens indivis. Si le nouveau partage plaçait dans le lot de l'héritier vendeur précisément les mêmes biens, l'acquéreur ne pourrait être inquiété. Donc une action en délaissement dirigée contre ce dernier serait prématurée, tant que le nouveau partage n'aurait pas été effectué (3).

Observons enfin que les défendeurs à l'action en rescision peuvent en arrêter le cours en offrant au demandeur le supplément de sa part soit en argent, soit en nature. Mais l'offre faite simplement de compléter la réserve de celui-ci serait inopérante, si cette offre devait laisser subsister l'inégalité de

t. XV, nos 119 et suiv.; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 727; Agen, 31 déc. 1868, D. 69, 2, 9; Agen, 8 juill. 1869, D. 68, 2, 241.

(1) Cass. 27 nov. 1888, S. 89, 1, 302.

(2) Cass. 24 oct. 1888, D. 89, 1, 311.

(3) Cass. 26 juill. 1887, D. 89, 1, 71.

parts que l'action en rescision a pour but de faire réparer (1).

447. Le pouvoir accordé par la loi aux ascendants n'est rien autre chose que celui de faire entre leurs descendants *le partage* de leurs biens. Donc, les règles ordinaires des partages doivent être observées. Donc les art. 826 et 832 exigeant que chaque lot comprenne, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits, de créances de même nature et valeur sont applicables aux partages d'ascendants. La majorité des auteurs et la jurisprudence reconnaissent qu'il doit en être ainsi (2). Cette solution ne serait pas controversée, si elle ne paraissait pas avoir pour résultat de favoriser le morcellement de la grande propriété et de nuire à la grande culture, considérées comme garantie sérieuse de l'ordre social. Ce point de vue rural a inspiré quelques études intéressantes (3), et a aussi influé sur la jurisprudence de certaines cours.

Les juges du fond sont en effet souverains pour décider que les biens ayant fait l'objet d'un partage d'ascendant n'étaient pas commodément divisibles, ou ne pouvaient être divisés sans subir une dépréciation dommageable, et pour rejeter, à cause de cela, l'action en nullité fondée sur la composition vicieuse des lots (4). En conséquence certaines Cours d'appel, n'admettant pas l'application des art. 826 et 832, ont été portées à constater beaucoup trop facilement, et parfois

(1) Cass. 22 juill. 1879, D. 80, 1, 210.

(2) Duranton, t. IX, n° 659; Aubry et Rau, § 732; Demolombe, t. XXIII, n°s 199 et suiv.; Cass. 25 fév. 1878, D. 78, 1, 449; Cass. 26 juin 1882, D. 83, 1, 78; Cass. 16 nov. 1885, D. 86, 1, 454; Comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 243 *bis* XVII.

(3) Barafort, *Du part. d'ascend. et des modif. à introd. dans la loi, à propos de l'enquête agricole*, 1870; De la Gorce, *Morcell. des propriétés, moyens d'y remédier; Rev. critique*, 1871-1872, p. 657 et 667, etc.

(4) Cass. 26 déc. 1876, D. 77, 1, 171; Bordeaux, 3 juin 1887, D. 88, 2, 125.

contrairement à la vérité, que les immeubles compris dans les partages attaqués n'étaient pas commodément partageables. Mais de tels expédients manquent de franchise, et si la loi est mauvaise, c'est au pouvoir législatif qu'il faut s'adresser pour en obtenir la révision.

C'est ce qui a été fait; l'Assemblée nationale fut saisie le 17 mai 1871 d'une proposition tendant à la modification des art. 826, 827, 832 et 1079, dans un sens favorable à la grande culture et au maintien de la grande propriété (1). Mais la proposition n'a pas été discutée. Sera-t-elle reprise? Il est permis d'en douter.

L'orientation de certaines opinions paraît, en effet, avoir changé depuis 1871. Les événements ayant démontré que la *grande* culture et la *grande* propriété ne disposaient pas de l'influence qu'on leur avait supposée, on s'est tourné du côté opposé, vers *le plus grand nombre :*

« Les statistiques, a-t-on dit, établissent depuis de longues années que la petite propriété, *qui est la garantie la plus solide de l'ordre social*, s'est peu à peu grevée de charges hypothécaires qui l'entravent et la ruinent; » — en conséquence on propose la constitution d'une réserve insaisissable d'une certaine valeur (2). C'est-à-dire qu'on propose de supprimer absolument le crédit du petit cultivateur, lequel ne pouvant plus rien offrir en gage ne pourra se procurer le plus léger capital qu'à la condition de vendre lui-même, et à vil prix, sa *réserve insaisissable!*

448. L'art. 1079 après avoir posé la règle de la rescision de plus du quart, contient une disposition d'après laquelle, quand même le partage ne présenterait pas une telle lésion, il pourrait être attaqué, dans le cas où il résulterait du par-

(1) Proposition de MM. MORTIMER-TERNAUX, Lucien BRUN et BARAGNON, *Exposé des motifs*, *Journ. officiel* du 1er juin 1871.

(2) Lettre de M. DE MUN, rapportée par *le Temps* du 1er déc. 1893.

tage et des dispositions faites par préciput, que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet.

Cette nouvelle action n'existait pas dans le principe; le projet du Code se bornait à déclarer nul le partage dans lequel l'ascendant aurait fait une libéralité préciputaire au profit d'un ou de plusieurs de ses descendants. On avait craint que la préférence qu'il avait montrée pour l'un de ses enfants en lui faisant un avantage préciputaire ne le poussât à introduire encore dans son partage des inégalités nouvelles en faveur du même enfant.

Mais cette rigueur fut trouvée excessive, et on résolut de laisser à l'ascendant qui a disposé au profit d'un de ses enfants de la quotité disponible, le droit de procéder néanmoins à un partage. On décida toutefois que si l'ascendant avait ainsi donné son disponible, le partage devrait observer la plus scrupuleuse égalité, sous peine d'être attaqué par les descendants lésés.

Le but de la loi est donc, comme le dit Joubert dans son rapport au Tribunat : « d'empêcher qu'un père ne puisse avantager son enfant de deux manières : 1° en lui donnant la quotité disponible; 2° en faisant un partage inégal avec la précaution de ne point excéder le quart (1). »

Pour que l'action résultant de l'art. 1079 § 2 soit recevable, il n'y a pas à distinguer si les libéralités préciputaires ont été faites dans l'acte même de partage, ou dans des actes séparés antérieurs ou postérieurs; il suffit qu'un descendant ait reçu une libéralité par préciput, et en outre que ce même descendant ait obtenu dans le partage, par l'effet de la composition vicieuse des lots, un avantage qui, réuni au don préciputaire, excède la quotité disponible.

Il suit de là que l'action dont il s'agit ne peut être admise :

(1) LOCRÉ, t. XI, p. 481.

1° Lorsque, en l'absence de toute libéralité préciputaire, l'atteinte portée à la réserve résulte uniquement du partage (1) quand même il serait impossible, eu égard à la nature des biens partagés, quand il s'agit par exemple de créances également bonnes et faciles à recouvrer, ou de sommes d'argent, d'expliquer l'atteinte portée à la réserve par une erreur d'appréciation ou d'estimation;

2° Lorsque les libéralités préciputaires qui, combinées avec celles résultant du partage, excèdent la quotité disponible, ont été adressées à un autre enfant que celui qui a été avantagé par le partage, ou à un étranger (2);

3° Lorsque c'est l'enfant préciputaire lui-même qui est lésé dans la composition des lots, à moins que l'inégalité n'aille jusqu'à une lésion de plus du quart (3).

449. Dans toutes les hypothèses qui donnent lieu à l'exercice de l'action résultant de l'art. 1079 § 2, il y a eu une atteinte portée à la réserve, et c'est l'un des coparticipants qui profite de cette atteinte. Quelle est donc la nature de l'action qui appartient à celui qui souffre de la situation illégale qui lui est faite?

Ce dernier, d'après le texte de l'art. 1079, se trouve dans le cas d'exercer *une attaque*. Contre qui? Est-ce contre celui qui a obtenu un avantage excédant les limites permises?

L'affirmative s'imposerait s'il s'agissait d'intenter une action en réduction. Or, c'est au contraire la négative qui résulte formellement du texte de la loi; c'est *le partage* qui doit être *attaqué;* c'est une façon d'exprimer l'idée que l'action doit

(1) Bordeaux, 17 déc. 1875, D. 77, 2, 211.

(2) Aubry et Rau, § 734; Réquier, n° 221; Demolombe, t. XXIII, n° 195; Laurent, t. XV, n° 147; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 733; *Contrà*, Bressolles, *Recueil de l'Acad. de législ. de Toulouse*, 1864, p. 165; Montpellier, 14 juin 1865, S. 66, 2, 125.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, note 32; Laurent, *loc. cit.;* Colmet de Santerre, t. IV, n° 247 *bis* III.

être dirigée *contre tous les copartagés.* Par conséquent, si *l'attaque* réussit, tous les défendeurs succombent, et quand tous les défendeurs succombent lorsqu'un partage est attaqué, c'est que le partage tombe.

Donc l'attaque ou l'action dont parle l'art. 1079 est une action en rescision du partage et non une action en réduction (1). M. Laurent soutient que c'est une action *sui generis* qui n'est ni en réduction ni en rescision; ce n'est pas une action en réduction, dit-il : « Car l'action en réduction n'est donnée que contre la libéralité excessive, tandis que dans le cas de l'art. 1079, l'action est donnée contre le partage, c'est le partage qui est attaqué, comme dit le texte. L'attaque tend-elle à l'annulation du partage? Non, elle tend à rétablir l'égalité entre les copartageants *par la réduction des avantages excessifs* (2). » Nous trouvons que l'explication manque d'une suffisante clarté.

Ce qui a peut-être contribué à obscurcir la question, c'est que la nécessité de diriger l'action contre tous les coparticipants, ou seulement contre l'enfant avantagé au delà de la quotité disponible, n'est signalée par les auteurs que comme une simple conséquence de la nature préalablement reconnue de l'action.

Pour les uns, de ce que l'action dont il s'agit est une action en rescision du partage il suit qu'il faut nécessairement l'introduire contre tous les coparticipants.

Pour les autres, de ce que l'action dont il s'agit leur parait être une action en réduction, il suit que l'action doit être dirigée seulement contre l'enfant avantagé, sans qu'il soit nécessaire de mettre en cause les autres copartagés.

(1) Colmet de Santerre, t. IV, n° 247 *bis* VIII et XII; Demolombe, t. XXIII, n° 189 *bis;* Marcadé, sur l'art. 1079; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 731; *Contrà,* Aubry et Rau, § 734, texte et note 43; Cass. 17 août 1863, D. 64, 1, 29; Comp. Cass. 22 juill. 1879, D. 80, 1, 213.

(2) Laurent, t. XV, n°s 158 et 143.

Ce raisonnement serait légitime si la loi ne s'était pas clairement expliquée sur ce point. Mais nous avons démontré que la loi exige positivement que l'action soit dirigée contre tous les coparticipants, car c'est la seule manière d'*attaquer un partage;* donc il suit de là que l'action envisagée ne peut être qu'une action en rescision du partage tout entier (1).

Mais comme la cause de cette rescision consiste dans une atteinte portée à la réserve, et que le montant de la réserve ne peut être connu qu'au décès, il faut reconnaître que l'action ne pourra être exercée qu'au décès du disposant (2), quand même on admettrait que, lorsqu'elle a pour cause une lésion de plus du quart, l'action en rescision prend naissance du vivant de l'ascendant.

De ce que l'action dont il s'agit est une action en rescision, il suit qu'elle peut être arrêtée par l'offre d'une indemnité pécuniaire (art. 891) (3), et qu'elle se prescrit par dix ans ou par trente ans, suivant que le partage a été fait par donation entre-vifs ou par testament (4).

450. Il arrive assez fréquemment que les ascendants, pour mettre leurs partages à l'abri des actions en nullité ou en rescision qui peuvent les menacer, y insèrent une clause aux termes de laquelle l'enfant qui attaquera le partage sera privé de toute sa part dans la quotité disponible, cette part demeurant, dans le cas prévu, attribuée par préciput à ceux des enfants qui respecteront le partage.

Cette clause est certainement valable lorsque le partage lui-même est valable. Il y a au contraire quelque difficulté pour le cas où le partage est entaché d'une cause de nullité ou de rescision. On est généralement d'accord pour décider

(1) Nancy, 2 juill. 1875, D. 78, 1, 162.
(2) Poitiers, 13 déc. 1887, D. 90, 1, 345.
(3) Cass. 22 août 1877, D. 77, 2, 211.
(4) Bordeaux, 17 déc. 1875, D. 77, 2, 211 ; Comp. Cass. 22 juill. 1879, D. 80, 1, 213.

que la clause est nulle si le partage porte atteinte à la réserve légale, et qu'elle est valable si la cause de nullité ou de rescision ne concerne que l'intérêt privé de l'enfant qui réclame, si elle tient, par exemple, à l'inobservation des art. 826 et 832, ou à la distribution par l'ascendant des biens de son conjoint prédécédé confondus avec ses biens personnels (1).

451. Dans le but d'empêcher que l'on n'attaque trop facilement les partages d'ascendants, le législateur édicte une prescription qui n'est pas sans analogie avec celle qui est relative à la caution *judicatum solvi* que l'étranger demandeur est tenu de fournir lorsqu'il plaide contre un Français (art. 15 et 16) :

ART. 1080. L'enfant qui, pour une des causes exprimées en l'article précédent, attaquera le partage fait par l'ascendant, devra faire l'avance des frais de l'estimation; et il les supportera en définitif, ainsi que les dépens de la contestation, si la réclamation n'est pas fondée.

Le demandeur n'est pas tenu de consigner les frais qu'il doit avancer. Le texte consacre une exception à la règle de l'art. 131, C. proc. civ., qui permet de compenser les dépens entre certains parents, notamment entre frères et sœurs. Si la réclamation du demandeur est fondée, le juge doit condamner le défendeur aux dépens (2).

452. La loi du 23 ventôse an IX avait assujetti les démissions de biens en ligne directe aux mêmes droits de mutation que les donations entre-vifs et dans la même ligne.

L'art. 3 de la loi du 17 juin 1824 établit un système nouveau en réduisant le droit d'enregistrement à 0,25 0/0 pour les meubles, et à 1 0/0 pour les immeubles.

Ce même texte porte que le droit proportionnel de transcription à 1,50 0/0, ajouté au droit d'enregistrement par l'ar-

(1) AUBRY et RAU, § 731; DEMOLOMBE, t. XXIII, nos 61 et suiv., 90; BONNET, no 390; LAURENT, t. XI, nos 486 et 487; t. XV, no 127.

(2) Riom, 16 mars 1882, D. 83, 2, 35; Comp. LAURENT, t. XV, no 125.

ticle 54 de la loi du 28 avril 1816 ne devra être perçu que lorsque la formalité sera requise au bureau des hypothèques. Il en résultait que les donataires avaient intérêt à ne pas faire transcrire leurs actes pour échapper au droit de transcription. L'art. 1er de la loi du 21 juin 1875 a remédié à cet inconvénient, en disposant que le droit proportionnel de transcription sera perçu lors de l'enregistrement, mais que le taux en est réduit de 1,50 0/0 à 0,50 0/0. Par conséquent le droit qui est aujourd'hui entièrement perçu lors de l'enregistrement. est de 1 0/0 pour les meubles, et 1,50 0/0 pour les immeubles, outre les droits de soulte, s'il y a lieu.

Les soultes résultant des donations-partages sont soumises aux mêmes règles de perception que les soultes résultant des partages ordinaires. Les notaires avant de terminer leurs actes devront donc donner lecture aux parties des art. 12 et 13 de la loi du 23 août 1871.

Le droit fixe applicable à la donation-partage non acceptée par les enfants est actuellement de 3 francs.

CHAPITRE VIII.

DES DONATIONS FAITES PAR CONTRAT DE MARIAGE AUX ÉPOUX, ET AUX ENFANTS A NAÎTRE DU MARIAGE.

453. — Classification.
454. — Règles communes aux donations diverses faites en faveur du mariage dans le contrat de mariage, art. 1087 à 1090.
455. — Donations de biens présents, art. 1081.
456. — Donation de biens à venir, ou institution contractuelle, art. 1082.
457. — Par qui, au profit de qui et comment l'institution contractuelle peut être faite.
458. — Effets des dispositions de cette nature; en quel sens elles sont irrévocables, art. 1083.
459. — Les institués contractuels ont-ils la saisine?
460. — Leur condition quant au paiement des dettes et des legs.
461. — Caducité de l'institution contractuelle; des promesses d'égalité.
462. — Donations cumulatives de biens présents et à venir; nécessité d'un état des dettes actuelles, art. 1084.
463. — Sanction de l'accomplissement de cette formalité, art. 1085.
464. — Les donations par contrat de mariage en faveur des époux sont soustraites aux conséquences de la règle : donner et retenir ne vaut, art. 1086.
465. — Règles fiscales.

453. Les règles étroites qui régissent les donations entre-vifs, ont eu pour résultat, ainsi que nous l'avons vu, de faire à peu près abandonner ce mode de disposer, qui n'est guère plus en usage que pour les partages d'ascendants. Pour faciliter les mariages on a cru utile d'affranchir de quelques-unes de ces règles les donations faites en vue du mariage.

Notre chapitre VIII s'occupe uniquement des donations faites par des tiers en faveur du mariage, c'est-à-dire au profit des futurs époux ou de l'un d'eux, et contenues dans le con-

trat de mariage lui-même. Toute donation qui serait faite en faveur du mariage, mais en dehors du contrat, ou qui serait faite dans le contrat, mais non en faveur du mariage, au profit, par exemple, d'un parent de l'un des futurs époux ou d'un étranger, demeure régie par les règles du droit commun.

D'après la classification généralement adoptée, on distingue quatre espèces de donations faites aux futurs époux par contrat de mariage :

1° La donation ordinaire de biens présents (art. 1081) ;

2° La donation de biens à venir (art. 1082) ;

3° La donation cumulative de biens présents et de biens à venir (art. 1084) ;

4° Toute autre donation dépendant, quant à son effet, de la volonté du donateur (art. 1086).

454. Il serait difficile de bien comprendre la pensée de la loi en ce qui concerne ces quatre catégories de donations, si nous ne mettions d'abord en relief les dispositions qui leur sont communes, et qui les différencient des donations ordinaires.

Ainsi, les donations faites par contrat de mariage doivent être acceptées, car elles constituent des contrats.

Cependant

ART. 1087. Les donations faites par contrat de mariage ne pourront être attaquées ni déclarées nulles, sous prétexte de défaut d'acceptation.

C'est-à-dire qu'elles ne sont pas soumises, comme les autres, à la nécessité d'une acceptation expresse. Mais il faut pour cela qu'il s'agisse d'une donation faite par contrat de mariage valable. Lors donc qu'une donation est faite par les parents des futurs époux, sans le concours de leurs enfants et en leur absence, même avec clause de porté-fort, il faut, pour qu'elle soit valable, une acceptation expresse, puisqu'il n'y a pas de contrat de mariage valable. La célébration du mariage ne peut pas, à elle seule, valoir comme consentement

tacite, à plus forte raison, comme acceptation expresse (1).

Mais l'efficacité de ces donations est subordonnée à l'accomplissement de la condition suspensive que le mariage aura lieu :

ART. 1088. Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque, si le mariage ne s'ensuit pas (*).

Le donateur reste lié pendant l'intervalle entre le contrat et la célébration du mariage; la donation subsiste encore que, dans cet intervalle, le donateur ait perdu la capacité de donner ou soit venu à mourir. Il n'en serait autrement que si exceptionnellement, le donateur avait mis pour condition que le mariage serait célébré de son vivant, ou dans un temps par lui déterminé. En l'absence d'un terme fixé à la condition que le mariage aura lieu, celle-ci sera défaillie quand il sera certain que le mariage envisagé ne se fera pas (2). Un autre mariage, même immédiat, ne suffirait pas pour valider la donation. La règle de l'art. 1088 est applicable aux donations dûment justifiées d'objets mobiliers, faites de la main à la main à un futur conjoint en vue d'un mariage déterminé qui ne s'est pas réalisé (3).

La célébration du mariage envisagé ne met la donation à l'abri de toute chance de caducité que s'il s'agit d'une donation de biens présents. Toutes les autres donations par contrat de mariage sont en effet présumées de plein droit être faites aux enfants à naître du mariage.

Par conséquent

ART. 1089. Les donations faites à l'un des époux, dans les termes des art. 1082, 1084 et 1086 ci-dessus, deviendront caduques, si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité.

La postérité dont il s'agit s'entend des enfants nés du mariage en faveur duquel la libéralité a été faite (art. 1082 et

(*) Art. 1088. — L. 21, 22, 41 pr. D. 23, 3, *De jure dot.*

(1) Voy. LAURENT, t. XV, n° 163.

(2) BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 1088, n° 7.

(3) Cass. 9 août 1887, D. 88, 1, 133.

1086) et non exclus du bénéfice de cette même libéralité (1082 § 2); peu importe que la donation s'adresse *à l'un des époux*, comme le dit le texte, ou à tous deux. Donc cette postérité ne comprend ni les enfants d'un second mariage, ni les enfants adoptifs.

Enfin

ART. 1090. Toutes donations faites aux époux par leur contrat de mariage, seront, lors de l'ouverture de la succession du donateur, réductibles à la portion dont la loi lui permettait de disposer.

Mais comme les donations dont il s'agit sont irrévocables, elles ne sont réductibles qu'après la réduction des legs.

455. Le disposant qui voudra que la propriété des biens donnés passe immédiatement à l'époux donataire, alors même que l'exécution de la donation serait différée jusqu'à sa mort, précèdera par voie de donation de biens présents.

ART. 1081. Toute donation entre-vifs de biens présents, quoique faite par contrat de mariage aux époux, ou à l'un d'eux, sera soumise aux règles générales prescrites pour les donations faites à ce titre. — Elle ne pourra avoir lieu au profit des enfants à naître, si ce n'est dans les cas énoncés au chapitre VI du présent titre.

Ce dernier paragraphe n'est que l'application de la règle formulée dans l'art. 906 aux termes de laquelle, pour pouvoir recevoir entre-vifs, il faut être conçu. Une précision à cet égard a paru nécessaire parce que l'ordonnance de 1731 (art. 10), admettait au contraire que les donations de biens présents par contrat de mariage, pouvaient être faites valablement au profit d'enfants à naître.

Ces donations peuvent comprendre des corps certains, des quantités ou des sommes, des rentes, des pensions, des quotités de biens présents du donateur, la nue-propriété, l'usufruit; elles peuvent être pures et simples ou faites avec clause de retour.

Par cela seul qu'une donation de biens présents est faite dans un contrat de mariage, il y a présomption que cette libéralité a eu lieu en faveur du mariage. Cette présomption

est absolue, et ne peut être combattue par une preuve contraire; mais une telle donation faite par acte séparé même au profit de futurs époux, ne serait pas présumée faite en faveur du mariage (1).

Le juge du fond appréciera souverainement si une libéralité faite par un tiers dans un contrat de mariage est une donation de biens présents, actuelle et irrévocable; ou une donation à cause de mort, sans dessaisissement actuel; ou une donation de biens à venir, valable comme institution contractuelle.

456. C'est à cette dernière hypothèse que se réfère le texte suivant :

ART. 1082. Les pères et mères, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux, et même les étrangers, pourront, par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, tant au profit desdits époux, qu'au profit des enfants à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire. — Pareille donation, quoique faite au profit seulement des époux ou de l'un d'eux, sera toujours, dans ledit cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage.

Il en résulte une sorte d'institution d'héritier faite par contrat de mariage, d'où la dénomination *d'institution contractuelle*, attribuée à ce genre de disposition. Ce qui la caractérise c'est que, par dérogation aux art. 791 et 1130, elle peut porter sur des biens à venir, que le donateur ne se dessaisit pas actuellement, et qu'il conserve la libre disposition de ses biens, le donataire n'ayant droit que sur les biens existant au moment du décès.

Voilà donc une institution d'héritier qui ne peut être faite par testament, mais seulement par contrat. Il suit de là que cette institution est régie par la loi en vigueur au moment du contrat, et non par la loi en vigueur au moment du décès du disposant.

457. Il suit encore de la même règle que, pour faire une

(1) Toulouse, 4 août 1881, D. 82, 2, 94.

institution contractuelle, il ne suffit pas d'être capable de tester, il faut être capable de faire une donation entre-vifs au moment où le contrat de mariage est passé. Voilà pourquoi la femme mariée sous le régime dotal, qui pourrait léguer ses biens dotaux, ne peut les donner par institution contractuelle, si ce n'est à ses enfants (1). D'une manière générale d'ailleurs, la femme mariée ne peut faire d'institution contractuelle sans l'autorisation de son mari ou de justice, et le mineur, même âgé de plus de seize ans ne le peut que si la libéralité est destinée à sa future épouse.

Toute personne ayant la capacité voulue, parente ou non parente des futurs époux, peut donc disposer de ses biens à venir, par voie d'institution contractuelle :

1° Au profit de l'un des futurs époux seulement, avec exclusion des enfants à naître;

2° Au profit des deux époux, avec exclusion des enfants à naître;

3° Au profit des deux époux ou de l'un d'eux et des enfants à naître de leur union, auxquels il faut assimiler les enfants déjà nés qui seront légitimés par le mariage envisagé.

Les enfants peuvent être exclus de l'institution contractuelle qui se trouvera alors restreinte aux époux seuls ou à l'un d'eux. Mais pour qu'il en soit ainsi, une clause spéciale d'exclusion des enfants est nécessaire. Au contraire, il n'est pas nécessaire d'une disposition formelle pour que les enfants soient compris dans l'institution; la loi présume, si le disposant n'a rien dit, que son intention a été de les comprendre dans l'institution, puisqu'il s'agit d'une libéralité faite en fa-

(1) AUBRY et RAU, § 739; DEMOLOMBE, t. XXIII, n° 284; LAURENT, t. XV, n°s 194, 195; Pau, 26 fév. 1868, D. 68, 2, 132 et la note; *Contrà*, Grenoble, 11 juin 1851, D. 54, 2, 71 et les autorités indiquées en note.

veur du mariage, c'est-à-dire de la nouvelle famille qui va se fonder.

Le disposant ne pourrait exclure les futurs conjoints du bénéfice de sa libéralité, pour en faire profiter, par une institution directe, les enfants à naître. Ces derniers ne peuvent recevoir, en effet, que comme substitués vulgairement aux époux, c'est-à-dire appelés à recueillir à leur défaut le bénéfice de l'institution.

La substitution ne peut avoir lieu au profit d'un seul ou de quelques-uns seulement des enfants; de même les enfants ne peuvent être appelés pour des parts inégales. Néanmoins s'il avait été ainsi procédé la substitution seule serait nulle, l'institution demeurerait valable, et alors la disposition finale de l'art. 1082, qui présume que tous les enfants sont appelés, reprendrait son empire (1).

L'institution contractuelle ne peut être faite en faveur d'autres personnes que les conjoints et les enfants à naître du mariage. Il ne serait pas possible d'éluder cette règle au moyen de la clause dite *d'association* par laquelle on prétendrait faire participer des tiers au bénéfice de l'institution en les associant au conjoint institué. Il y aurait, dans ce cas, deux institutions : l'une valable et l'autre nulle; par conséquent les biens compris dans cette dernière ne seraient pas sortis de la succession *ab intestat* du disposant (2).

La donation de biens à venir ne peut être faite que par contrat de mariage. Elle peut être universelle, à titre universel et même à titre particulier; elle n'est pas soumise à la nécessité de la transcription.

Les juges du fond sont souverains pour interpréter les

(1) Aubry et Rau, § 739, texte et note 30; Demolombe, t. XXIII, n° 296; Arntz, t. II, n° 2285.

(2) Duranton, t. IX, n° 695; Aubry et Rau, § 739, texte et notes 25 et 26 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 255 *bis* VII et VIII; Demolombe, t. XXIII, n°s 294 et 295; Laurent, t. XV, n° 207.

clauses d'un contrat de mariage, et déclarer si elles constituent, ou non, une donation de biens à venir (1), quelle que soit d'ailleurs la dénomination employée par les parties pour qualifier le contrat. Ainsi la donation d'une somme déterminée à prendre sur les biens de la succession du donateur, quoique qualifiée simplement de donation entre-vifs, a été à bon droit reconnue être une institution contractuelle, ne conférant des droits que par la vocation à l'hérédité, et ne pouvant dès lors, pendant la vie de l'instituant, devenir l'objet d'une renonciation qui constituerait un pacte sur une succession future (2).

458. L'institution contractuelle n'opère aucun dessaisissement actuel. Le disposant demeure donc propriétaire des biens qu'il possède comme de ceux qu'il acquiert postérieurement. Il peut donc les aliéner à titre onéreux ou les grever, au même titre, de droits réels, hypothèques, servitudes, etc.

En quoi consiste donc le bénéfice actuel que la libéralité envisagée procure à l'institué?

Dans l'irrévocabilité de son titre par rapport aux dispositions à titre gratuit que pourrait vouloir faire le donateur :

ART. 1083. La donation, dans la forme portée au précédent article, sera irrévocable, en ce sens seulement que le donateur ne pourra plus disposer, à titre gratuit, des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement.

Le donateur ne pourra donc disposer ultérieurement des biens compris dans l'institution, qu'à titre onéreux. Il ne pourrait valablement renoncer à une telle faculté. Une renonciation conçue dans ce sens, serait un pacte sur une succession future, et par conséquent non écrite (3).

Mais si l'instituant avait aliéné nonobstant une telle clause,

(1) Cass. 10 mars 1884, D. 85, 1, 108.

(2) Bordeaux, 6 avr. 1892, D. 93, 1, 274.

(3) DURANTON, t. IX, n° 718; DEMOLOMBE, t. XXIII, n° 314; LAURENT, t. XV, n° 215.

son fils succédant comme héritier à ses obligations, pourrait être repoussé par l'exception de garantie dans son action en revendication (1).

Celui qui a disposé de tous ses biens par une institution contractuelle ne peut donc valablement faire une nouvelle institution à titre universel, car ce serait révoquer la première.

C'est donc le titre de l'institué qui est irrévocable; mais l'émolument attaché à ce titre ne pourra être connu qu'au décès de l'instituant, puisque ce dernier a conservé la faculté d'aliéner à titre onéreux, ou gratuitement pour des sommes modiques, *à titre de récompense ou autrement*, ou même dans une mesure plus large, en vertu d'une clause spéciale autorisée par l'art. 1086.

Donc, si le titre de l'héritier contractuel est irrévocable, ce titre ne fait pas entrer actuellement dans son patrimoine les biens compris dans l'institution, et ses créanciers ne pourraient les saisir (2). L'institué ne pourrait même du vivant de l'instituant transporter à un tiers le droit dérivant de son titre, ou y renoncer, car c'est un droit de succession engendré par une convention exceptionnellement permise (3).

La mise en œuvre de ce droit est donc nécessairement subordonnée au prédécès de l'instituant. A ce moment les institués qui avaient seulement accepté la qualité d'héritiers présomptifs peuvent accepter celle d'héritiers définitifs; ils peuvent aussi la répudier ou ne l'accepter que sous bénéfice d'inventaire, ce qui doit se faire par acte passé au greffe du tribunal (4). Ils deviennent, dès le moment du décès, propriétaires des biens formant l'objet de l'institution.

(1) Beltjens, *loc. cit.*, sur l'art. 1083, n° 30.

(2) Paris, 9 fév. 1875; D. 75, 2, 155.

(3) Aubry et Rau, § 739, texte et note 60 de la dernière édition; Comp. note 55 de la précédente; Colmet de Santerre, t. IV, n° 256 *bis* III; Demolombe, t. XXIII, n° 324; Laurent, t. XV, n°s 224 et suiv.

(4) Poitiers, 12 déc. 1887, S. 88, 2, 32.

459. Ont-ils, comme les héritiers légitimes, la saisine héréditaire légale?

L'art. 724 semble trancher la question; il n'accorde la saisine qu'aux héritiers *légitimes*, et ne parle pas du tout des héritiers contractuels. Cela prouve que les dispositions du Code civil relatives à la saisine des héritiers ne sauraient, en l'absence d'un texte quelconque, être appliquées aux institutions contractuelles (1); l'héritier contractant n'a donc pas la saisine (2). Dans une opinion différente on assimile, sous prétexte d'analogie, les donataires de biens à venir à des légataires, et on leur applique les art. 1006, 1011 et 1014; on accorde en conséquence la saisine aux donataires universels de biens à venir lorsque le donateur ne laisse pas d'héritiers à réserve, et on la lui refuse dans le cas contraire (3).

Nous ne contestons pas l'analogie certaine qui existe entre un légataire universel et un héritier contractuel. L'ancien droit avait positivement reconnu cette analogie : « L'héritier contractuel, disait Pothier, étant un vrai héritier lorsqu'il accepte la succession, il est censé saisi, de même que tout héritier, dès l'instant de la mort de l'instituant (4). » Mais la question est de savoir si, sur le fondement de cette analogie, le législateur moderne a autorisé une extension des textes restrictifs concernant la saisine. Ainsi posée, la question ne semble plus douteuse.

Par conséquent les divers bénéficiaires d'une institution contractuelle ne peuvent intenter les actions qui leur appartiennent que lorsqu'ils ont obtenu la délivrance conformément aux principes généraux.

(1) Bruxelles, 24 avr. 1876, *Pas.*, 78, 2, 363.

(2) Colmet de Santerre, t. IV, n° 256 *bis* IV; Marcadé, sur l'article 1082; Laurent, t. XV, n°s 237 et suiv.; Gand, 19 déc. 1883, *Pas.*, 84, 2, 116.

(3) Duranton, t. IX, n° 719; Aubry et Rau, § 739, texte et notes 68 à 70; Demolombe, t. XXIII, n° 334.

(4) *Introd. au tit. XVII de la Cout. d'Orléans*, n° 23.

Il a cependant été jugé que le bénéficiaire d'une institution contractuelle portant sur une somme déterminée à prendre sur la succession, n'a ni à demander la délivrance, comme s'il s'agissait d'un legs, ni à engager une action en pétition d'hérédité; qu'il est un simple créancier de la succession, et peut, en cette qualité, ramener à exécution son titre qui est revêtu de la formule exécutoire; que, par suite, il lui suffit d'agir par voie de commandement (1). Cette solution ne paraît pas admissible; dans les cas d'institution contractuelle, les donataires ne sont pas créanciers, ils sont héritiers ou légataires (2). Ils doivent donc agir d'abord par voie de demande en délivrance. Mais ils ont droit aux fruits à partir du décès, car ils sont propriétaires : ils doivent, pour le même motif avoir droit aux intérêts des sommes qui leur ont été données à prendre sur la succession, à partir du décès du donateur et non à partir d'une demande en justice (3).

460. L'institué contractuel universel ou à titre universel est, à raison de sa vocation, tenu des dettes de l'instituant de la même manière et aux mêmes conditions que le légataire universel et à titre universel. Il est donc tenu *ultra vires* s'il n'a pas accepté sous bénéfice d'inventaire (4).

Quant à la charge des legs, il n'y a pas à s'en préoccuper, puisque l'instituant ne peut pas disposer à titre gratuit au préjudice de l'institué.

Cependant si l'institution devient caduque, les legs ou les donations profiteront de la caducité en ce sens que ces dispositions, qui seraient demeurées inefficaces, si la substitution avait produit son effet, recevront leur exécution dans la limite du disponible.

461. Il y aura caducité :

(1) Bordeaux, 6 avr. 1892, D. 93, 1, 274.
(2) Voy. LAURENT, t. XV, n° 238.
(3) LAURENT, *loc. cit.; Contrà*, AUBRY et RAU, § 739, note 68.
(4) Bordeaux, 6 avr. 1892, D. 93, 1, 274.

1° Si le mariage en vue duquel l'institution a eu lieu ne se réalise pas;

2° Lorsque l'instituant survit à l'époux ou aux époux institués et aux enfants et descendants issus du mariage;

3° Lorsque l'époux ou les époux, les enfants ou descendants renoncent à l'institution.

Le disposant se borne quelquefois à assurer à un de ses enfants, dans le contrat de mariage de ce dernier, sa part héréditaire; il prend l'engagement de ne point avantager ses autres enfants au préjudice de celui qui se marie. Mais celui-ci pourra être valablement avantagé, par préciput, de la part afférente à ses frères et sœurs dans la quotité disponible. Il est certain, en effet, que cette promesse d'égalité faite dans le contrat de mariage de l'un des enfants, ne lie pas le disposant à l'égard des autres, quand même ceux-ci seraient intervenus au contrat de mariage.

La promesse d'égalité a réellement pour objet les biens à venir du disposant; elle est un des modes de l'institution contractuelle.

Ses effets sont plus ou moins étendus, suivant la formule dont se sera servi le donateur.

S'il a simplement promis l'égalité à l'un de ses enfants, renonçant à faire aux autres enfants ou descendants aucun avantage au préjudice du futur conjoint, cette disposition sera interprétée en ce sens que le donateur a conservé le droit de disposer de la quotité disponible en faveur d'un étranger (1). Il pourrait même, en ce cas, disposer par préciput au profit de l'un de ses enfants, à la condition de ne pas entamer la part de celui à qui la promesse a été faite (2). Ce résultat ne pourrait être évité que si l'enfant qui se marie stipulait dans

(1) Cass. 22 fév. 1887, D. 88, 1, 128; Riom, 2 mars 1882, D. 83, 2, 15.

(2) Voy. Cass. 11 fév. 1879, D. 79, 1, 297.

son contrat qu'il aurait, dans la succession de son père ou de sa mère, *une part égale à celle de l'enfant le plus favorisé* (1).

Les père et mère pourraient aller plus loin, et assurer à l'un des enfants, dans son contrat de mariage, tout ce qui pourra lui revenir dans leur succession future, même dans la quotité disponible, renonçant à faire aucune disposition à son préjudice en faveur de leurs autres enfants. Une telle promesse ne laisse plus aucune possibilité au disposant de faire une nouvelle libéralité sur la quotité disponible, au profit de qui que ce soit, au préjudice de l'enfant institué; c'est en somme une véritable institution contractuelle (2).

Il résulte de tout ce qui précède, que la promesse d'égalité ne garantit pas absolument l'institué contre toute libéralité que pourrait faire l'instituant. Sa dénomination est donc équivoque et de nature à induire en erreur celui qui, la prenant à la lettre, compte que le donateur ne disposera pas utilement de son patrimoine au profit d'un autre enfant et surtout d'un étranger. Mais il peut arriver que cette promesse soit précisément employée dans le but de consacrer finalement une inégalité entre les enfants. C'est ce qui aura lieu quand le disposant aura donné, ainsi qu'il en conserve ordinairement le droit, la quotité disponible, non pas à un étranger quelconque, mais à son propre conjoint. Celui-ci après avoir ainsi recueilli la quotité disponible, pourra la transmettre à un autre enfant.

La transmission par voie d'institution contractuelle des biens immeubles situés en France, quand même elle se traduirait par une promesse d'égalité, est, d'après la jurisprudence, régie par le statut réel français, et non par le statut réel du disposant. Par conséquent le bénéficiaire d'une telle

(1) Demolombe, t. XXIII, n° 305.
(2) Orléans, 30 mars 1892, D. 93, 2, 330.

disposition peut, après la mort du donateur, réclamer l'exécution de cette libéralité sur les immeubles que le *de cujus* a laissés en France, quand même la validité de l'institution pourrait être contestée d'après le statut personnel du disposant (1).

462. En même temps que le donateur fait, par contrat de mariage, une donation de biens à venir, il pourrait aussi, par le même contrat, adresser au bénéficiaire une donation de biens présents. Il y aurait alors deux donations distinctes, chacune demeurant régie par les principes qui lui sont propres.

Mais le disposant peut vouloir faire une donation unique portant à la fois sur des biens présents et à venir :

ART. 1084. La donation par contrat de mariage pourra être faite cumulativement des biens présents et à venir, en tout ou en partie, à la charge qu'il sera annexé à l'acte un état de dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation; auquel cas, il sera libre au donataire, lors du décès du donateur, de s'en tenir aux biens présents, en renonçant au surplus des biens du donateur.

Il y a dans ce cas une institution contractuelle qui diffère de l'institution ordinaire par le droit d'option qu'elle consacre. Le donataire en effet, au décès du donateur, aura à choisir entre trois partis différents; il pourra :

1° Accepter pour le tout le patrimoine tel qu'il se trouve;

2° Répudier pour le tout;

3° Accepter le patrimoine suivant son état à l'époque de la donation, et le répudier tel qu'il se trouve au décès.

Il y a donc un grand intérêt à vérifier si une libéralité faite par contrat de mariage constitue une donation cumulative de biens présents et à venir, ou de biens à venir, ou seulement de biens présents (2). Les juges du fond sont investis à cet égard d'un grand pouvoir d'appréciation. Il a même été jugé qu'ils peuvent décider qu'une donation, quoique contenant

(1) Cass. 2 avr. 1884, D. 84, 1, 277; Voy. cep. Paris, 12 mars 1881, D. 81, 2, 137.

(2) Cass. 19 nov. 1891, D. 91, 1, 473.

une clause formelle portant sur les biens présents et à venir, a pu finalement se trouver restreinte à des biens présents, et par suite n'être pas caduque par le prédécès du donataire (1).

La donation cumulative est soumise aux règles générales de l'institution contractuelle que nous n'avons pas à reproduire. Il y a cependant une observation importante à faire en ce qui concerne la transcription.

La donation cumulative ne transférant pas la propriété au donataire, même en ce qui concerne les biens présents, n'est pas comme telle soumise à la nécessité de la transcription. Mais si le donataire, au décès du donateur, a opté pour les biens présents, il ne pourra revendiquer utilement contre les tiers, les biens aliénés par le donateur, que si la donation se trouve transcrite. Il a donc intérêt à faire transcrire tout de suite en vue de l'exercice ultérieur de son droit d'option (2). Mais pour que la transcription produise son effet, il faut que le droit d'option puisse être effectivement exercé. Par conséquent, si la transcription ayant eu lieu, le donataire ne pouvait exercer le droit d'option, parce que la donation n'aurait pas été accompagnée de l'état des dettes, il ne pourrait recourir contre les tiers acquéreurs, même pour les biens existants au moment de la donation, car il ne peut réclamer d'autres immeubles que ceux qui se trouvent dans la succession du donateur.

463. Le défaut d'accomplissement de la formalité relative à l'état des dettes et charges dont parle l'art. 1084 ne rend pas nulle la donation cumulative des biens présents et à venir, mais la ramène aux proportions d'une institution contractuelle ordinaire :

Art. 1085. Si l'état dont est mention au précédent article n'a point été annexé à l'acte contenant donation des biens présents et à venir, le donataire sera obligé d'accepter ou de répudier

(1) Cass. 22 nov. 1881, D. 82, 1, 216.
(2) Laurent, t. XV, n° 261.

cette donation pour le tout. En cas d'acceptation, il ne pourra réclamer que les biens qui se trouveront existants au jour du décès du donateur, et il sera soumis au paiement de toutes les dettes et charges de la succession.

Le donataire doit donc accepter pour le tout ou renoncer, et le donateur est demeuré libre de disposer à titre onéreux des biens donnés.

Si le donataire accepte, il sera soumis, dit le texte, au paiement de *toutes* les dettes et charges de la succession. Mais cela ne veut pas dire qu'il doit les supporter pour le tout, alors même que son institution ne comprendrait qu'une partie des biens; il n'en sera tenu qu'au prorata de la part à laquelle il se trouve appelé (1).

464. Le législateur après avoir réglementé comme on vient de le voir, en faveur du mariage, les donations de biens présents, les donations de biens à venir, et les donations cumulatives de biens présents et à venir a voulu, pour compléter son œuvre, soustraire ces mêmes donations à l'application des dispositions restrictives qui résument, dans le droit moderne, l'ancienne maxime : *donner et retenir ne vaut.*

En conséquence :

ART. 1086. La donation par contrat de mariage en faveur des époux et des enfants à naître de leur mariage, pourra encore être faite, à condition de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur, ou sous d'autres conditions dont l'exécution dépendrait de sa volonté, par quelque personne que la donation soit faite : le donataire sera tenu d'accomplir ces conditions, s'il n'aime mieux renoncer à la donation; et en cas que le donateur, par contrat de mariage, se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation de ses biens présents, ou d'une somme fixe à prendre sur ces mêmes biens, l'effet ou la somme, s'il meurt sans en avoir disposé, seront censés compris dans la donation, et appartiendront au donataire ou à ses héritiers.

En d'autres termes, ce texte consacre trois dérogations distinctes à des règles précédemment formulées :

1° Il déroge à l'art. 944 en ce que la donation par contrat de mariage adressée aux époux et aux enfants à naître peut

(1) LAURENT, t. XV, n° 274.

être faite sous une condition potestative de la part du donateur;

2° Il déroge à l'art. 945, en ce que la même donation peut être faite sous condition de payer toutes les dettes et charges de la succession du donateur, même les dettes futures;

3° Il déroge enfin à l'art. 946 en ce que la donation de biens présents dont il parle peut être faite avec réserve de disposer d'un même objet à titre gratuit compris dans la donation.

Celui qui s'est réservé *la faculté de disposer* d'une chose a d'abord commencé par la comprendre dans la donation; donc, s'il n'a pas usé de la faculté qu'il s'est réservée, la chose demeurant dans la donation doit appartenir au donataire ou à ses *héritiers*, c'est-à-dire aux enfants issus du mariage du donataire prédécédé qui la recueilleront *proprio jure* en qualité de donataires substitués vulgairement.

Au contraire, celui qui, en faisant une donation s'est réservé directement un effet ou une somme, a exclu cet effet ou cette somme de la donation. Donc s'il n'en a pas disposé la chose a toujours continué de lui appartenir. Le juge du fait aura à résoudre la question de savoir si le disposant a voulu ou non exclure de la donation l'objet envisagé.

Le disposant pourrait seulement se réserver la faculté de disposer d'un effet ou d'une somme fixe à prendre sur les biens présents, mais ne pourrait se réserver la faculté de disposer de tout ce qu'il donne (1).

Les donations faites dans les termes de l'art. 1086 deviennent caduques si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité; dans le cas contraire le donataire est libre de répudier la libéralité qui lui est ainsi faite si elle lui paraît trop onéreuse.

465. Les donations par contrat de mariage de biens présents sont, au point de vue fiscal, soumises au tarif dont nous avons

(1) LAURENT, t. XV, n° 288.

donné les éléments dans le tableau déjà produit (Voy. ci-dessus, n° 263), y compris le droit de transcription pour les immeubles.

Les donations soumises à l'événement du décès ne donnent lieu qu'au droit fixe de 7 fr. 50 (L. 28 avril 1816; L. 28 février 1872, art. 6).

Sont considérées comme donations éventuelles ne donnant lieu qu'à la perception du droit fixe ci-dessus :

Les institutions contractuelles;

Les donations cumulatives de biens présents et à venir, à moins que, par une clause expresse, le donataire ne soit actuellement investi de la propriété ou jouissance de tout ou partie des biens présents; le droit proportionnel est alors dû sur la propriété et sur l'usufruit de ces biens (1);

Les donations de sommes d'argent à prendre *sur la succession du donateur*, ou *sur les biens qu'il laissera à son décès*, ou encore *sur les plus clairs deniers de sa succession*, sans stipulation opérant dessaisissement actuel;

Les simples promesses d'égalité.

(1) Voy. AMIAUD, *loc. cit.*, v° *Donat. par contr. de mar.*, n°s 72 à 76.

CHAPITRE IX.

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX, SOIT PAR CONTRAT DE MARIAGE, SOIT PENDANT LE MARIAGE.

§ 1er. — Règles générales.

466. — Donations entre époux faites par contrat de mariage, article 1091;
467. — Non soumises à la condition de survie du donataire, article 1092.
468. — Donations de biens à venir, ou de biens présents et à venir, art. 1093.
468 *bis*. — *Quid* si le disposant est mineur? art. 1095.
469. — Donations faites durant le mariage; sont toujours révocables, art. 1096;
470. — Demeurent soumises, suivant les cas, soit aux règles des donations ordinaires, soit aux règles de l'institution contractuelle; conséquences.
471. — Étendue et applications du principe de la révocabilité de ces donations; conséquences de la révocation.
472. — Prohibition des libéralités conjonctives, art. 1097; conséquences.
473. — Les lois permettant ou prohibant les donations entre époux durant le mariage, se rattachent au statut personnel.
474. — Règles fiscales.

466. Le chapitre IX du livre III, traite des libéralités entre-vifs que peuvent se faire les futurs époux, par contrat de mariage, en vue de leur union projetée, et encore des libéralités que peuvent se faire les conjoints depuis le mariage contracté. Dans un tel ordre d'idées, le législateur était naturellement conduit à traiter également de la quotité disponible entre époux.

Sous l'ancien régime, les donations entre futurs époux, par contrat de mariage, étaient soumises à d'importantes restrictions, dans le but, surtout, de conserver *les propres* dans les familles.

Il n'en est plus de même aujourd'hui :

ART. 1091. Les époux pourront, par contrat de mariage, se faire réciproquement, ou l'un des deux à l'autre, telle donation qu'ils jugeront à propos, sous les modifications ci-après exprimées.

Les futurs conjoints sont donc autorisés à faire l'un au profit de l'autre, ou à se faire réciproquement l'un à l'autre par contrat de mariage, les trois sortes de donations qu'un tiers est autorisé à faire en leur faveur par ce même contrat (art. 1081 à 1085), et à soumettre ces donations à des conditions potestatives (art. 1086). Elles ne peuvent être déclarées nulles sous prétexte de défaut d'acceptation expresse (art. 1087); mais elles sont soumises à des règles spéciales en ce qui concerne la quotité disponible.

Ces donations, même quand elles revêtent le caractère d'institution contractuelle, sont des conventions matrimoniales, participant à ce titre de l'immutabilité du contrat, et ne peuvent être modifiées ni par testament, ni par tout autre acte (1).

467. Quand ces donations ont pour objet des biens présents, faut-il les considérer comme étant faites de plein droit sous la condition de survie du donataire? La question était controversée dans l'ancien droit; le législateur moderne a admis la négative :

ART. 1092. Toute donation entre-vifs de biens présents, faite entre époux par contrat de mariage, ne sera point censée faite sous la condition de survie du donataire, si cette condition n'est formellement exprimée; et elle sera soumise à toutes les règles et formes ci-dessus prescrites pour ces sortes de donations.

La condition de survie peut être résolutoire; elle équivaut alors à une stipulation de retour faite au profit du donateur pour le cas où le donataire viendrait à prédécéder.

Mais le plus souvent elle est suspensive. La donation est alors subordonnée, quant à ses effets, à la survie de l'époux dona-

(1) Rouen, 15 déc. 1891, D. 92, 2, 437.

taire, et le donateur n'a pas besoin de se réserver l'usufruit des biens donnés.

De ce que la condition de survie doive être formellement exprimée, il n'en résulte pas qu'elle doit être formulée en termes sacramentels. Les juges peuvent en trouver l'expression dans l'économie de la clause qui la contient (1).

Il y a une grande différence entre la donation des biens présents faite sous la condition de survie, et la donation de biens à venir; celle-ci ne confère au donataire que la qualité d'héritier; le droit ne s'ouvre qu'au décès du donateur et ne rétroagit pas. Le donateur a, de plus, conservé la libre dispostion à titre onéreux des biens donnés. La donation conditionnelle donne au contraire au conjoint un droit immédiat bien qu'éventuel, qui lui permet de faire des actes conservatoires. En outre le donateur qui a donné sous condition a irrévocablement donné, et par conséquent ne peut plus disposer ni à titre gratuit, ni à titre onéreux.

Les conjoints peuvent se faire des donations mutuelles et réciproques. Ces donations se font le plus souvent comme gains de survie. Elles peuvent cependant comprendre les biens présents et les biens à venir.

La question de savoir si la stipulation de gain de survie faite dans un contrat de mariage par l'un des époux au profit de l'autre est une donation entre-vifs ou une donation de biens à venir ou institution contractuelle se résoudra par une appréciation de l'intention du disposant (2). Ainsi la clause d'un contrat de mariage par laquelle les futurs époux se font donation réciproque, à titre de gain de survie, d'une rente viagère devant être payée au survivant : « par la succession du prédécédé, de trois mois en trois mois, terme

(1) Cass. 21 juill. 1889, D. 89, 1, 366.
(2) Cass. belge, 3 juill. 1884, *Pas.*, 84, 1, 257.

échu », constitue une donation de biens à venir. Donc l'hypothèque légale garantissant le paiement de cette rente viagère à la femme survivante, est primée par les hypothèques concédées à titre onéreux par le mari, durant le mariage (1).

468. A l'inverse de ce qui a lieu pour les biens présents, la donation de biens à venir ne confère ni un droit de propriété, ni un droit de créance conditionnel, mais seulement un droit éventuel de successions.

Le régime des donations de cette nature est ainsi réglé :

ART. 1093. La donation de biens à venir, ou de biens présents et à venir, faite entre époux par contrat de mariage, soit simple, soit réciproque, sera soumise aux règles établies par le chapitre précédent, à l'égard des donations pareilles qui leur seront faites par un tiers; sauf qu'elle ne sera point transmissible aux enfants issus du mariage, en cas de décès de l'époux donataire avant l'époux donateur.

Dans ce dernier cas, en effet, les enfants devant retrouver plus tard, dans la succession du donateur, les biens donnés, il était tout à fait inutile de supposer à leur profit l'existence d'une substitution vulgaire, comme dans le cas où la donation est faite par un tiers aux futurs époux ou à l'un d'eux (article 1082). Mais il serait excessif d'inférer de la formule employée : *ne sera point transmissible*, que les futurs époux ne pourraient pas comprendre les enfants à naître dans l'institution contractuelle en stipulant formellement une substitution à leur profit (2).

Si la donation est universelle l'époux donateur ne pourra plus, en principe, aliéner à titre gratuit les biens à venir même pour doter l'enfant commun (3); il pourra tout au plus imposer quelques legs modiques ou rémunératoires à l'époux donataire.

(1) Toulouse, 30 juill. 1888, D. 89, 1, 25.

(2) DURANTON, t. IX, n° 750; AUBRY et RAU, § 742, note 4; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 756; *Contrà*, COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 269 *bis;* DEMOLOMBE, t. XXIII, n° 417.

(3) Trib. Anvers, 20 juin 1889, *Pas.*, 90, 3, 31.

468 *bis*. Que faut-il décider si le disposant est mineur?

ART. 1095. Le mineur ne pourra, par contrat de mariage, donner à l'autre époux, soit par donation simple, soit par donation réciproque, qu'avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage; et, avec ce consentement, il pourra donner tout ce que la loi permet à l'époux majeur de donner à l'autre conjoint.

Mais il ne peut pas donner aux enfants à naître.

Une fois le mariage célébré, le mineur redevient incapable de donner à son conjoint ou à d'autres personnes.

Il n'y a pas lieu de valider la donation faite par le mineur qui, parvenu à l'âge requis au moment où il s'est marié, n'avait pas encore atteint cet âge au moment où il a passé le contrat de mariage contenant la donation par lui faite. La célébration de mariage, en effet, n'est pas l'exécution du contrat et n'implique pas nécessairement l'intention de réparer le vice (1).

Quant aux personnes pourvues d'un conseil judiciaire, nous renvoyons à ce que nous avons déjà dit (t. III, nos 551 et 552), et aux explications complémentaires qui trouveront naturellement leur place quand nous traiterons du contrat de mariage.

469. La condition respective des futurs conjoints, telle que nous venons de la décrire, doit-elle être modifiée par le fait de la célébration de leur mariage? D'abord il semble difficile d'admettre, sous prétexte de respecter la liberté de disposer, la possibilité, entre époux, de donations irrévocables, manquant presque toujours de spontanéité.

D'un autre côté une donation révocable n'est pas une véritable donation; c'est plutôt une simple manifestation d'intention qui ne deviendra efficace que par la mort du donateur, en supposant qu'il n'ait pas changé d'opinion. Il semblerait donc logique de décider, comme l'a fait d'ailleurs le Code italien (art. 1054), que les époux ne pourront durant

(1) BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 1095, n° 8.

le mariage, se faire l'un à l'autre aucune libéralité, si ce n'est par testament (1).

Les rédacteurs du Code civil ont pensé autrement; s'inspirant des anciennes constitutions de Septime Sévère et d'Antonin Caracalla, et des traditions des pays de droit écrit, ils ont formulé la règle suivante :

ART. 1096. Toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre-vifs, *seront toujours révocables.* — La révocation pourra être faite par la femme, sans y être autorisée par le mari ni par justice. — Ces donations ne seront point révoquées par la survenance d'enfants.

Ils ont pensé que la révocabilité atténuait les inconvénients et les dangers des libéralités entre époux, et était entre les mains du donateur une arme suffisante pour réprimer l'ingratitude et les écarts du donataire. Mais d'un autre côté, ils ont perdu de vue qu'une donation révocable a toujours pour effet d'asservir indéfiniment la liberté du donataire, sans cesse exposé à déplaire au donateur. Enfin il convient de remarquer que la faculté de révocation favorise singulièrement certaines tromperies; on a vu quelquefois des époux faire des donations à leur conjoint, soit pour obtenir eux-mêmes quelques avantages, soit pour se débarrasser de sollicitations importunes, et tenir en réserve une révocation faite par testament et soigneusement dissimulée de leur vivant.

Tout ce qu'il est permis de dire, c'est que dans une législation qui a négligé d'assurer la condition du conjoint survivant, il y a un certain intérêt à faciliter les donations entre époux. Mais il n'en est plus ainsi chez nous depuis que la loi du 9 mai 1891 a donné sur ce point toute satisfaction aux intérêts de ce conjoint.

470. Les conjoints peuvent donc se faire, durant le mariage, des donations qui seront toujours révocables. Mais il ne faut pas conclure de cette révocabilité que les donations dont il

(1) *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XXIII, n° 443.

s'agit puissent être assimilées aux testaments. Ce sont des donations soumises, sauf la révocabilité, aux règles des donations ordinaires quand elles ont pour objet des biens présents, et aux règles des institutions contractuelles quand elles ont pour objet des biens à venir, ou des biens présents et à venir (1).

De là il suit :

1° Que le mineur, même âgé de plus de seize ans, ne peut faire une donation à son conjoint durant le mariage, ni les personnes pourvues d'un conseil judiciaire sans l'assistance de leur conseil (2), ni la femme mariée sous le régime dotal quant à ses biens dotaux;

2° Que le donataire est saisi immédiatement par l'effet de son acceptation du droit que la donation lui confère, et par conséquent devient tout de suite propriétaire des biens présents. En ce qui concerne les biens à venir, il conserve son droit à la chose donnée à partir du moment de la perfection du contrat, à défaut de révocation; il n'est pas tenu de demander la délivrance au décès du donateur, et il gagne les fruits dès l'ouverture de l'hérédité (3);

3° Que les donations dont il s'agit, même quand elles ont pour objet des biens à venir, ne peuvent jamais être assimilées à des legs, et doivent, le cas échéant, être réduites à titre de donations entre-vifs, c'est-à-dire conformément à l'art. 923, par conséquent après les legs et en commençant par la dernière pour remonter successivement aux plus anciennes.

Les donations entre époux doivent donc être traitées comme les donations ordinaires dont elles diffèrent uniquement en ce que :

(1) AUBRY et RAU, § 704, p. 105; DEMOLOMBE, n° 461; LAURENT, t. XV, n° 314; BAUDRY-LACANTINERIE, n° 762.

(2) Voy. cep. Bruxelles, 3 avr. 1886, S. 88, 4, 13.

(3) Cass. belge, 4 nov. 1875, *Pas.*, 76, 1, 16; Gand, 30 juill. 1874, *Pas.*, 75, 2, 23.

1° Elles sont révocables;

2° Elles ne sont pas soumises aux dispositions des art. 943 à 946 (art. 947); elles peuvent donc porter sur les biens à venir du donateur, et être faites sous des conditions potestatives de sa part;

3° Elles ne sont pas révoquées par la survenance d'enfants, même d'un enfant légitime né d'un second mariage.

471. Le principe de la révocabilité de toutes les donations entre époux est général et s'applique à toutes les libéralités quelles que soient leur forme, ostensibles, déguisées, indirectes, manuelles, etc. Il s'applique aussi aux abandons faits en reconnaissance d'une obligation de conscience, mais non à ceux qui ont pour objet une véritable *obligation naturelle*, et qui constituent un paiement. La Cour de cassation en décidant que les abandons ayant pour but de réparer le préjudice résultant de pertes au jeu ou de mauvaise gestion, ne sont pas révocables, a confondu l'obligation naturelle avec l'obligation de conscience dans une hypothèse qui cependant ne pouvait faire doute (1).

La faculté de révoquer est absolument libre chez le donateur qui ne saurait y renoncer valablement. Cette faculté ne peut être considérée comme un élément du patrimoine; donc elle ne fait pas partie du gage des créanciers qui ne sauraient prétendre l'exercer du chef de leur débiteur, et elle n'est pas davantage transmissible aux héritiers. Elle s'éteint seulement par le décès du donateur, et par conséquent peut être exercée par lui, même après le décès de l'époux donataire (2).

Le donateur n'a pas à motiver ou expliquer la révocation qu'il croit devoir faire. Cela n'empêche pas que les donations

(1) Cass. 5 avr. 1892, D. 92, 1, 234.

(2) Toulouse, 20 mai 1886, D. 87, 2, 40; Rennes, 6 déc. 1878, 2, D. 79, 2, 107.

entre époux demeurent soumises à certaines causes de révocation admises pour les libéralités ordinaires. Ainsi, elles sont révocables pour *inexécution des charges* et pour *ingratitude*. Si cette révocabilité pour cause déterminée est inutile au donateur qui n'a pas à rendre compte de sa détermination, elle est fort utile pour ses héritiers. Si le donateur est en effet décédé sans que les charges de la libéralité aient été remises, ou l'ingratitude pardonnée, les héritiers pourront, pour ces causes déterminées, obtenir la révocation en se conformant à l'art. 957.

La révocation peut avoir lieu expressément dans l'une des formes indiquées par l'art. 1035, c'est-à-dire par testament ou par un acte notarié (L. 21 juin 1843, art. 2). — Elle peut aussi avoir lieu tacitement, et résulter de tout acte impliquant nécessairement de la part du donateur la volonté de révoquer la donation, par exemple l'aliénation de la chose donnée.

Dans les cas de divorce ou de séparation de corps, l'époux donataire qui succombe perd, de plein droit, les avantages qu'il avait reçus durant le mariage de son conjoint. Ce dernier est ainsi dispensé d'en prononcer lui-même la révocation (Voy. t. II, nos 403 et suiv., no 443). — Voy. art. 299.

472. Si le donateur est décédé sans avoir révoqué la donation par lui faite à son conjoint, nous savons que la donation devient alors irrévocable. Or, si le même acte avait pu contenir au profit des deux conjoints des libéralités réciproques et mutuelles, on aurait pu se demander si, après le décès de l'un des conjoints, la donation pouvait être révoquée par le survivant au mépris de la réciprocité convenue. Dans le cas de l'affirmative la convention eut été violée; dans le cas de la négative la convention aurait abouti à une renonciation à la faculté de révoquer. Pour n'avoir pas à se prononcer sur tous ces points, le législateur a préféré supprimer la difficulté et reproduire, en la généralisant, la disposition de l'art. 968 :

ART. 1097. Les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire, ni par acte entre-vifs, ni par testament, aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte.

Mais rien n'empêche qu'ils ne se gratifient réciproquement, par actes séparés, quoique passés immédiatement l'un à la suite de l'autre, devant le même notaire et les mêmes témoins.

Il a été jugé que la disposition de l'art. 1097 est même applicable au cas où deux époux faisant entre leurs enfants le partage de leurs biens se réservent l'usufruit de ces biens et stipulent la reversibilité de cet usufruit au profit du survivant (1).

Les motifs ci-dessus énoncés, qui ont déterminé l'adoption de l'art. 1097, se rattachent plutôt à un intérêt de simplification législative qu'à des considérations d'ordre public (2). Il suit de là :

Que la nullité résultant de sa violation peut être couverte, notamment par l'exécution volontaire de la donation de la part des héritiers du donateur prédécédé (3);

Que les droits de mutation et de transcription sont dus, tant que la nullité, qui ne saurait opérer de plein droit, n'a pas été prononcée par la justice (4);

Que la nullité se prescrit par dix ans à compter du jour où, depuis le décès de leur auteur, les héritiers de l'époux prédécédé ont eu connaissance de la donation;

Que la nullité n'atteint pas une donation conjonctive reçue à l'étranger conformément aux lois du pays (5). La nullité en effet est uniquement fondée sur l'inobservation d'une forme

(1) Nancy, 11 juin 1887, D. 88, 2, 183; Cass. 19 janv. 1881, D. 81, 1, 191; Liège, 19 fév. 1879, *Pas.*, 79, 11, 182; Comp. Cass. 18 janvier 1882, D. 83, 1, 196; LAURENT, t. XV, nos 324, 325.

(2) *Contrà*, LAURENT, t. XV, n° 323.

(3) Liège, 11 janv. 1877, *Pas.*, 77, 2, 240.

(4) Trib. Courtrai, 1er juill. 1882, *Pas.*, 82, 3, 315.

(5) Toulouse, 11 mai 1850, D. 52, 2, 64; Caen, 22 mai 1850, D. 53, 2, 179.

légale prescrite par la loi française et que la loi étrangère a pu régler autrement.

473. Ceci nous conduit à rechercher, d'une manière plus générale, si la disposition qui autorise ou défend les libéralités entre époux appartient ou non au statut personnel.

Les prohibitions de disposer à titre gratuit ne constituent pas nécessairement des règles de statut réel. (Voy. t. I, n° 125). Il en est surtout ainsi des prohibitions purement relatives fondées sur la qualité réciproque des parties. Il est certain, à ce point de vue, que l'art. 1054 du Code civil italien prohibant les donations entre époux édicte une incapacité relative uniquement fondée sur le lien qui unit les conjoints. Une prohibition de ce genre appartenant au statut personnel doit donc suivre en France l'étranger auquel elle s'applique. Donc la donation faite en France par un italien contrairement à cette prohibition est nulle et ne peut produire aucun effet. La Cour de Paris a consacré cette solution en ce qui touche les meubles, mais elle a refusé de l'appliquer aux immeubles situés en France, sous prétexte que les immeubles situés en France sont régis par la loi française (1). Mais cela n'est vrai que lorsque la disposition de la loi étrangère dépend du statut réel; l'arrêt dont il s'agit se réfute lui-même en reconnaissant que la loi qu'il s'agit d'appliquer est un statut personnel (2).

474. Les donations entre époux *par contrat de mariage*, soumises à l'événement du décès, sont assujetties au droit fixe de 7 fr. 50 (L. 28 février 1872, art. 4). Si elles expriment un dessaisissement actuel de biens présents, elles sont passibles du droit proportionnel de 1 fr. 50 sur les meubles et de 3 0/0 sur les immeubles, y compris le droit de transcription (L. 28 août 1816, art. 53; L. 18 mai 1850, art. 10).

Les donations entre époux pendant le mariage, sont sujettes

(1) Paris, 27 mai 1892, D. 92, 1, 553.

(2) Voy. sous l'arrêt précité une note remarquablement rédigée par M. de Loynes; Comp. Cass. 20 fév. 1882, D. 82, 1, 119.

au droit fixe de 7 fr. 50, quand elles sont éventuelles (L. précitée de 1872). Mais elles ne sont soumises à la formalité de l'enregistrement que dans les trois mois du décès du donateur. Il en est de même pour les actes de révocation concernant ces donations.

Si l'acte exprime le dessaisissement actuel de la propriété des biens donnés, le droit proportionnel est exigible à 3 0/0 sur les meubles, et à 4,50 0/0 sur les immeubles, y compris le droit de transcription (L. 28 août 1816, art. 13 et 14; L. 18 mai 1850, art. 10) (1).

Il a été jugé que la clause d'un contrat de mariage attribuant à l'époux survivant l'usufruit de la part du prémourant dans la communauté, comprenant des apports tombés dans la communauté du chef du disposant, *et dont la reprise n'a pas été réservée à ses héritiers* a le caractère d'une donation entre époux soumise au droit proportionnel de mutation, et non d'une simple convention de mariage exempte, à l'événement, de ce même droit (2).

§ 2. — Règles spéciales à la quotité disponible entre époux.

475. — Cas où le disposant ne laisse pas de descendants, mais seulement des ascendants, art. 1094, § 1; projets de réforme.
476. — Applications diverses de la règle actuellement en vigueur.
477. — Cas où le disposant laisse des enfants communs, art. 1094, § 2.
478. — Est-il permis de disposer au profit de son conjoint dans les conditions de l'art. 913, quand le disponible fixé par ce texte est supérieur au disponible de l'art. 1094?
479. — Evaluation de l'usufruit.
480. — Combinaison des art. 913 et 1094 lorsqu'un conjoint a disposé à la fois au profit de son conjoint et d'une autre personne; d'abord quand il n'y a qu'un ou deux enfants.
481. — *Quid* lorsqu'il y a trois enfants ou un plus grand nombre? Système de la Cour de cassation.

(1) Voy. Amiaud, *loc. cit.*, v° *Donat. entr. ép.*, n°s 46 et 47.
(2) Cass. 7 déc. 1886, D. 87, 1, 343.

482. — Critique de ce système, d'abord dans le cas de deux dispositions simultanées;
483. — Ensuite dans le cas de deux dispositions successives par actes distincts.
484. — De l'option entre une moitié en usufruit, et un quart en propriété, plus un quart en usufruit. Réduction des dispositions excessives.
485. — Cas où le disposant laisse des enfants d'un précédent mariage, art. 1098.
486. — Sanction des dispositions précédentes, art. 1099.
487. — Des personnes interposées, art. 1100.

475. Pour compléter son système, la loi devait s'occuper de déterminer la quotité de biens dont les époux pourront disposer l'un envers l'autre.

Il y a deux situations à envisager : d'abord celle où l'époux disposant ne laisse ni enfants, ni descendants, mais seulement des ascendants, et celle au contraire où il laisse des enfants ou descendants issus de son mariage avec l'époux gratifié.

Examinons la première :

ART. 1094, § 1er. L'époux pourra, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, pour le cas où il ne laisserait point d'enfants ni descendants, disposer en faveur de l'autre époux, en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, et, en outre, de l'usufruit de la totalité de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers.

Voilà donc un ascendant réduit à n'avoir qu'une nue-propriété pour toute réserve ! Ce résultat a trouvé des défenseurs ; autant vaudrait supprimer la réserve des ascendants. « Qu'on la supprime donc, s'écrie Demolombe, si on le croit devoir faire. Mais si on la maintient il faut nécessairement la maintenir sérieuse et efficace ! Or, est-ce une réserve efficace et sérieuse à offrir aux ascendants que la nue-propriété grevée de l'usufruit de leur bru ou de leur gendre (1). » Alors surtout que, s'agissant d'un cas où il n'y a pas d'enfants nés du mariage, les gendres et belles-filles n'ont pas l'obligation

(1) T. XXIII, n° 495.

de fournir des aliments à leurs beau-père et belle-mère !

La condition du conjoint survivant ayant été heureusement améliorée, il n'est plus nécessaire de lui sacrifier aujourd'hui les intérêts des ascendants réservataires, et sur ce point une réforme s'impose. Le pouvoir législatif est déjà entré dans cette voie. Dans sa séance du 20 février 1893, la Chambre des députés a adopté une proposition de loi ainsi conçue :

Art. 1er. Le premier paragraphe de l'art. 1094 du Code civil est ainsi modifié :

« L'époux pourra, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, pour le cas où il ne laisserait pas d'enfants ni descendants, disposer en faveur de l'autre époux, en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger. »

Art. 2. « Conserveront leur plein et entier effet les dispositions constatées par contrats de mariage antérieurs à la promulgation de la présente loi, contenant donation de l'usufruit de la totalité ou de partie de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des ascendants. »

Ce projet a été transmis au Sénat, et il est permis de supposer qu'il sera converti en loi. Il n'a soulevé, il convient de le remarquer, aucune protestation. Il engageait cependant le principe même de la réserve, dans celle de ses applications où ce principe est le plus vulnérable. On sait quelle campagne bruyante a été menée contre la réserve au nom de *la liberté de tester* et des intérêts de *la grande propriété*. La proposition de réformer l'art. 1094 dans le sens d'une extension de la réserve de l'ascendant, offrait donc aux adversaires de la réserve une occasion toute naturelle de réclamer au contraire une application de leurs théories. Mais le bruit qui avait été fait sur la question était tellement factice, que la proposition a été votée, sans qu'une voix discordante se soit fait entendre. Cela du reste n'a rien de surprenant depuis qu'il a été reconnu que *la petite propriété est la*

garantie la plus solide de l'ordre social. (Voy. ci-dessus, n° 591) (1). On peut donc considérer la question de *la réserve* et de *la liberté de tester* comme désormais jugée, et c'est là le résultat le plus important du vote du 20 février 1893.

476. Si l'époux qui a encore un ascendant donne à son conjoint l'universalité de ses biens, ou toute la quotité disponible, ou tout ce que la loi lui permet de donner, il faut admettre qu'en principe cette disposition comprend aussi l'usufruit de la réserve de l'ascendant, sans qu'il soit nécessaire que l'usufruit soit particulièrement désigné; la jurisprudence en ce sens (2). Mais cela n'empêche pas que les juges du fond ne puissent, par voie d'interprétation de la volonté du disposant, décider que l'usufruit de la réserve de l'ascendant n'a pas été compris dans la disposition, d'ailleurs universelle, faite au profit du conjoint survivant (3).

Lorsqu'il s'agit d'un époux mineur disposant durant le mariage, la combinaison de notre art. 1094 avec l'art. 904, conduit à une singulière conséquence. Le texte ne permet de donner en usufruit au conjoint que les biens formant la réserve de l'ascendant, mais non ceux dont, en raison de sa qualité de mineur, l'époux se trouve incapable de disposer. En conséquence ces biens ne pourront être grevés d'usufruit au profit de l'époux donataire, et adviendront en toute propriété aux héritiers de l'époux donateur. Les collatéraux se trouvent donc mieux traités que les ascendants, quoiqu'ils n'aient pas de réserve, puisque leur part de succession ne peut être grevée, comme la réserve des ascendants, au profit de l'époux survivant. Il a également été jugé que la disposition par laquelle un mineur ayant dépassé seize ans, a

(1) Voy. notre *Code civil italien*, t. I, p. 208.

(2) Aubry et Rau, t. VIII, p. 257; Demolombe, t. XXIII, n°s 504 et suiv.; Laurent, t. XV, n°s 352-353.

(3) Cass. 21 avr. 1890, D. 90, 1, 446.

légué à son conjoint l'usufruit de sa succession entière, est valable malgré la présence de l'héritier réservataire, jusqu'à concurrence des quatre huitièmes de cet usufruit (1).

477. Voilà ce que pourra faire le disposant pour le cas où il ne laisse ni enfants, ni descendants;

ART. 1094, § 2. Et pour le cas où l'époux donateur laisserait des enfants ou descendants, il pourra donner à l'autre époux, ou un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement.

Remarquons d'abord que, dans aucune hypothèse, le conjoint donateur ne peut modifier le disponible tel qu'il est fixé par le texte ci-dessus. Ainsi, il ne pourrait donner à son conjoint, outre un quart en pleine propriété, une autre fraction en nue-propriété, quand même ce don en nue-propriété ne dépasserait pas la valeur d'un quart en usufruit. La loi n'a pas non plus permis que les époux puissent disposer au profit l'un de l'autre d'une fraction d'usufruit supérieure à la moitié, tel est le sens de l'alternative présentée par le texte. Ainsi un conjoint ne pourrait pas, en convertissant en usufruit, la nue-propriété dont il ne dispose pas, donner à son conjoint l'usufruit des trois quarts de ses biens (2). Donc une telle disposition devrait être réduite à la moitié en usufruit, sans que le donataire puisse se prévaloir de l'art. 917 ci-dessus expliqué (3).

La quotité disponible entre époux est invariablement fixée à un quart en propriété et un quart en usufruit, ou la moitié de tous les biens en usufruit seulement; elle est donc indépendante du nombre des enfants.

Au contraire, la quotité disponible ordinaire varie suivant le nombre des enfants; elle est de la moitié, du tiers ou du

(1) Cass. 9 fév. 1880, D. 80, 1, 102; Comp. LAURENT, t. XV, n° 345.

(2) Cass. 30 juin 1885, D. 86, 1, 255.

(3) COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 274 *bis* VI; DEMOLOMBE, t. XXIII, n°s 501 et 502; LAURENT, t. XV, n°s 356, 357; t. XII, n°s 151, 160; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 767; Cass. 30 juin 1885, S. 85, 1, 352.

quart, suivant que le disposant ne laisse que un, deux ou trois enfants et plus.

Pourquoi cette différence ? C'est que le point de vue n'est pas le même : quand on a voulu fixer la quotité disponible à l'égard des enfants du donateur, comme il s'agissait uniquement de l'intérêt de ces enfants, on a tout naturellement décidé que le nombre des enfants influerait sur la détermination de la quotité disponible.

Mais pour fixer le montant de la quotité disponible entre époux, il n'y avait qu'à envisager les intérêts du conjoint survivant, abstraction faite de toute autre considération. Il s'agissait de donner au disposant le moyen d'assurer à son conjoint une condition à peu près égale à celle qu'il avait pendant le mariage (1). Le législateur a pensé, non sans raison, qu'en permettant à l'un des époux de donner à l'autre la moitié de ses biens en usufruit, ou même le quart en propriété et le quart en usufruit, le résultat désiré était obtenu. Le survivant reçoit ainsi une libéralité présumée égale à ses besoins personnels, lesquels ne sauraient augmenter ou diminuer avec le nombre des enfants communs.

Il est donc tout naturel que la quotité disponible entre époux, nécessairement invariable, d'après ce qui précède, se trouve tantôt plus forte, tantôt plus faible que la quotité disponible ordinaire qui est au contraire variable. Il serait absurde qu'il en fût autrement, et qu'une quotité établie en vue d'une condition fixe, celle du conjoint survivant, pût être modifiée par le nombre des enfants issus du commun mariage.

478. C'est néanmoins cette inconséquence qu'on a essayé de faire prévaloir. On a soutenu que l'époux qui veut disposer au profit de son conjoint n'est pas tenu de se renfermer dans les limites fixées par l'art. 1094 dont la formule est purement

(1) Voy. l'opinion de DELANGLE, citée par LAURENT, t. XV, n° 364.

permissive; qu'il a le droit, dans le cas où le disponible ordinaire est plus élevé que celui de l'art. 1094, ce qui est d'évidence s'il n'y a qu'un enfant, de disposer au profit de son conjoint dans les termes de l'art. 913 (1). Mais l'art. 1099 semble bien trancher la question en sens contraire, en déclarant que : « Les époux ne pourront se donner indirectement au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus. » Cette solution est consacrée par la jurisprudence et la majorité des auteurs (2).

479. Quand le disposant laisse deux enfants, il n'est pas possible de décider immédiatement si le disponible spécial de l'art. 1094 est plus fort ou plus faible que celui de l'article 913. Il faudra dans ce cas comme dans les autres évaluer l'usufruit, non d'après la loi du 12 frimaire an VII qui, pour la perception des droits d'enregistrement, le considère comme équivalant à la moitié de la pleine propriété, mais d'après les circonstances du fait, et les données fournies par les tables de mortalité (Voy. t. IV, n° 165); les juges ont à cet égard un pouvoir souverain d'appréciation (3).

480. Ces principes étant posés, voyons comment il faudra procéder quand un époux aura disposé tout à la fois en faveur de son conjoint et en faveur d'une autre personne. Il s'agit de combiner les art. 913 et 1094. Ce point a donné lieu à de vives controverses; mais de toutes les appréciations différentes de la doctrine et de la jurisprudence, il résulte une solution qui s'impose et qui est généralement admise; c'est que les deux quotités disponibles, la quotité ordinaire de

(1) Benech, *Quot. disp. entre ép.*, 1842; Aubry et Rau, § 689, texte et note 5; Boissonade, *Essai sur les donat. entre ép.*, p. 198.

(2) Colmet de Santerre, t. IV, n° 274 *bis*, n°s 1 à 5; Marcadé, sur l'art. 1094; Demolombe, t. XXIII, n° 500; Laurent, t. XV, n°s 348 et suiv.; Baudry-Lacantinerie, n° 768; Cass. 4 janv. 1869, D. 69, 1, 10; Cass. 4 déc. 1844, D. 45, 1, 42.

(3) Cass. 18 mars 1866, D. 66, 1, 396; Gand, 21 avr. 1891, *Pas.*, 91, 2, 310; Demolombe, t. XXIII, n° 547; Laurent, t. XV, n°s 376 et suiv.

l'art. 913 et la quotité exceptionnelle de l'art. 1094 ne peuvent être cumulées, que le disposant ne peut donner tout à la fois le disponible spécial à son conjoint, et le disponible ordinaire à un enfant ou à un étranger (1).

Supposons d'abord qu'il n'y ait qu'un enfant. Le disponible ordinaire, qui est le plus élevé, est alors de la moitié des biens. Les deux libéralités faites, l'une à l'époux, l'autre à un étranger devront être réduites à cette quotité, sans que le conjoint donataire puisse retenir plus qu'il ne lui est accordé par l'art. 1094.

Par conséquent, si un testateur léguait la moitié de son patrimoine à un étranger, et à sa veuve un quart en propriété et un quart en usufruit, il faudrait évaluer l'usufruit, comme il vient d'être dit, et réduire les deux dispositions pour les mettre au niveau de la plus forte quotité disponible (2). De même, s'il donne à son conjoint un quart en propriété et un quart en usufruit, il peut encore donner à un étranger un quart en nue-propriété. Il n'y a pas à proprement parler concours de deux disponibles, mais application pure et simple de l'art. 913 qui comprend le disponible de l'art. 1094 (3).

S'il y a deux enfants, la quotité disponible vis-à-vis d'un étranger est d'un tiers, et pour le conjoint d'un quart en pleine propriété et d'un quart en usufruit. Cela étant, si le disposant a légué la moitié en usufruit à son conjoint, la question de savoir s'il peut encore disposer au profit d'un étranger ou d'un enfant, dépendra des résultats de l'estimation de l'usufruit.

481. Quand il y a trois enfants ou un plus grand nombre, le conjoint survivant peut toujours recevoir un quart

(1) Beltjens, *loc. cit.*, sur l'art. 1094, n° 13.

(2) Proudhon, *Usufruit*, n° 359.

(3) Comp. Demolombe, t. XXIII, n°s 512, 513; Laurent, t. XV, n° 362.

en propriété et un quart en usufruit, mais un enfant, ou un étranger, ne peut recevoir plus d'un quart en pleine propriété. C'est donc la quotité spéciale qui est alors la plus forte. Il en est encore ainsi dans le cas où le disposant n'a laissé qu'un ascendant pour héritier présomptif. Il s'agit alors de savoir si, après avoir donné à un étranger le disponible ordinaire, le disposant peut donner, *postérieurement*, à son conjoint, la différence en plus permise par l'art. 1094. Voici quel est, sur ce point, l'état de la question : La Cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative. Mais, l'extension que l'art. 1094 apporte à la quotité disponible ordinaire lorsque, à raison du nombre des enfants, cette quotité est limitée au quart des biens, en permettant à un époux de donner ou léguer à son conjoint, indépendamment de ce quart, un autre quart en usufruit, ne peut profiter qu'au conjoint en faveur duquel elle a été établie. En conséquence, lorsqu'un époux a au contraire commencé par épuiser son disponible ordinaire au profit de son conjoint, en lui donnant par exemple, la moitié de ses biens en usufruit, moitié équivalant à un quart en toute propriété, les libéralités qu'il fait ultérieurement, soit à l'un de ses enfants, soit à un étranger, doivent demeurer sans effet, même sur le quart en nue-propriété qui, réuni à la moitié en usufruit, déjà donnée au conjoint, complète le disponible de l'art. 1094; ce complément de disponible n'est libre que pour le conjoint (1).

En résumé la Cour de cassation admet le concours des deux disponibles quand l'époux, après avoir disposé en faveur d'un étranger, donne l'excédant du disponible de l'art. 1094 à son conjoint, et elle rejette ce concours quand, après avoir

(1) Cass. 7 mars 1849, D. 49, 1, 75; Cass. 7 janv. 1824, S. 33, 1, 506, qui a inauguré la jurisprudence en ce sens, et les nombreuses décisions et autorités citées par DEMOLOMBE, t. XXIII, n° 524; Comp. LAURENT, t. XV, n°s 368 et suiv.; *Contrà*, DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 325.

donné à son conjoint, l'époux donne à un étranger, dans les limites de l'art. 1094, mais en dépassant celles de l'art. 913.

482. Les auteurs, en général, voient dans ce système une inconséquence; ou bien il faudrait admettre le concours dans les deux cas (1), ou bien le rejeter (2).

Il nous semble que, pour juger le système, il faut rechercher quelle solution devrait être adoptée dans une troisième hypothèse dont nous n'avons pas encore parlé, celle où les deux dispositions sont simultanées, c'est-à-dire faites par testament ou par le même acte de donation entre-vifs. Les deux dispositions ne cesseraient pas d'ailleurs d'être simultanées, quoique insérées dans des clauses séparées, dont l'une doit nécessairement précéder l'autre sur le papier (3).

Supposons donc que, par le même acte, le disposant ayant trois enfants, ait attribué à un étranger la propriété du quart de ses biens, et à sa femme l'usufruit d'un autre quart;

Ou que, n'ayant pas d'enfants, mais seulement sa mère, il ait légué à un étranger la propriété des trois quarts et à la femme l'usufruit du quart qui forme la réserve de sa mère.

Les deux legs devront-ils être exécutés intégralement ?

Evidemment oui, répond Demolombe. Toute réduction est impossible : si le réservataire la réclame contre l'étranger, celui-ci répliquera que, vis-à-vis de lui, le disponible tel qu'il résulte des art. 913 ou 915 n'a pas été dépassé. Si le réservataire réclame la réduction contre la femme, celle-ci répliquera qu'aux termes de l'art. 1094, le disponible, en ce qui la concerne, étant d'un quart en propriété et d'un

(1) Aubry et Rau, § 689, note 29; Demolombe, t. XXIII, nos 526 et 527.

(2) Laurent, t. XV, n° 369.

(3) Cass. 3 juin 1863, S. 63, 1, 417; Demolombe, t. XIII, n° 518; Laurent, t. XV, n° 370.

quart en usufruit, elle n'a même pas reçu tout ce qu'elle pouvait recevoir (1).

Mais cela est fort douteux, et suppose résolu ce qui est précisément en question, c'est-à-dire le point de savoir si le concours des deux disponibles, qui n'est en réalité qu'un cumul partiel, est possible.

Peut-on dire, dans le cas envisagé, que le disposant avait devant lui deux masses disponibles distinctes, l'une composée d'après l'art. 913; l'autre composée d'après l'art. 1094, qu'il a pris dans la première les trois quarts pour gratifier l'étranger et dans la seconde le quart en usufruit... Mais cela n'est pas possible, car il faudrait supposer que la première masse contient les trois quarts du patrimoine, et que la seconde masse contient une moitié en usufruit du même patrimoine et un quart en propriété, c'est-à-dire que les deux fractions disponibles seraient plus fortes que la totalité.

La vérité est que le disposant avait devant lui deux masses : l'une indisponible constituant la réserve et l'autre disponible. Mais quelle est la consistance de cette seconde masse? Cela dépendra de la volonté du disposant : s'il veut seulement disposer au profit d'un étranger, cette masse sera des trois quarts; mais s'il veut disposer au profit de son conjoint, cette quotité est jugée insuffisante, et il peut *en outre*, donner à son conjoint l'usufruit de la réserve. Il peut donc choisir entre les deux disponibles, et donner soit le disponible de l'art. 913 à l'étranger, soit celui de l'art. 1094 à son conjoint. Est-ce ainsi qu'il a procédé? Non; il a agi comme s'il n'y avait qu'un seul disponible, celui de l'art. 1094, et au lieu de l'attribuer à son conjoint, il a prétendu en distribuer le montant entre son conjoint et un étranger... Cela est-il permis? Non, car le conjoint peut seul profiter du disponible exceptionnel de l'art. 1094; si ce disponible n'eût pas existé, le dis-

(1) *Loc. cit.*, n° 517.

posant qui voulait donner une part de son patrimoine à son conjoint, n'aurait pas pu donner les trois quarts à un étranger. Le disposant aurait bien pu, s'il l'avait voulu, distribuer entre l'étranger et son conjoint le disponible ordinaire de l'art. 913; mais il n'a pas voulu le faire et ne l'a pas fait. Il a fait au contraire ce qu'il ne pouvait pas faire, c'est-à-dire distribuer entre un étranger et son conjoint le disponible fixé uniquement en considération de ce dernier, le disponible sur lequel l'étranger ne pouvait rien recevoir; l'étranger doit donc succomber dans l'action en réduction.

483. La solution doit-elle changer si les deux dispositions au lieu d'être simultanées et comprises dans le même acte, sont consignées dans deux actes séparés et distincts?

Non, répond la Cour de cassation, pour le cas où la première disposition a été faite en faveur du conjoint qui a reçu, par exemple, une moitié en usufruit. Une disposition postérieure en date ne pourrait, en pareille hypothèse, attribuer à un étranger le quart en nue-propriété.

Mais s'il en est ainsi pour le cas où la première disposition a été faite en faveur du conjoint, comment pourrait-il en être autrement, quand la première disposition a été faite au contraire en faveur d'un étranger? Comment, en l'absence d'un texte, légitimer le concours admis alors par la Cour de cassation entre les deux disponibles?

Le disposant, *étant déjà marié*, voudrait, par exemple, ayant trois enfants, disposer du quart; ou bien, n'ayant pas d'enfant, mais un ascendant, attribuer à ce dernier la propriété des trois quarts de ses biens. Pourra-t-il ensuite disposer en faveur de son conjoint, dans le premier cas d'un quart en usufruit, dans le second cas de la réserve de son ascendant?

Evidemment oui, répond Demolombe (1).

(1) *Loc. cit.*, n° 516.

Mais nous reproduisons le même argument déjà indiqué : Le disposant ne peut employer les deux disponibles en même temps; il peut, s'il le veut, distribuer le disponible de l'art. 913 entre son conjoint et des étrangers; il peut s'il le préfère employer le disponible de l'art. 1094 au profit de son conjoint seulement. Or, dans l'espèce envisagée, il n'a voulu employer que le disponible ordinaire, et il en a exclu pour le tout son conjoint. Il ne peut revenir plus tard sur une telle exclusion.

Pour trouver une objection spécieuse, qui ne soit pas une simple affirmation contraire, on est obligé de sortir de l'hypothèse envisagée pour raisonner en vue de celle où le disposant n'était pas encore marié à l'époque où il a fait cette première donation à un étranger. Comment, dit-on, le disposant, dans une telle situation ne pourrait donc plus absolument rien donner à la femme qu'il épouserait ensuite? — Mais certainement, et cette dernière ne saurait se plaindre, car elle a connu ou est censée avoir connu la situation au moment où elle a contracté mariage, et l'avoir acceptée. Quant au donateur, il ne pouvait ignorer lorsqu'il faisait des libéralités à une époque où il n'avait pas d'héritiers réservataires qu'il s'exposait à diminuer ou même à absorber sa quotité disponible s'il lui survenait plus tard de tels héritiers.

484. C'est au disposant qu'il appartient d'opter, dans la libéralité qu'il adresse à son conjoint, entre le quart en usufruit et le quart en propriété ou la moitié en usufruit seulement. Son intention à cet égard devra être recherchée et suivie. Mais il ne pourrait dispenser le survivant, au préjudice des réservataires, de donner caution pour l'usufruit qui doit lui advenir. Le cessionnaire de la nue-propriété peut exiger caution dans les mêmes limites que le réservataire dont il tient ses droits (1).

(1) Bruxelles, 24 nov. 1879, *Pas.*, 80, 2, 69.

S'il s'est borné à déclarer qu'il donnait la quotité disponible en général, ou tout ce dont la loi lui permet de disposer au profit de son conjoint, il semble rationnel d'interpréter la disposition dans le sens de la quotité la plus forte, c'est-à-dire d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit, au choix du donataire.

Si au contraire la disposition donnait au conjoint, soit un quart en usufruit et un quart en propriété, soit la moitié en usufruit seulement, au choix du donataire, il n'y aurait pas de difficulté. Si rien n'était dit sur le choix, l'option appartiendrait aux débiteurs, c'est-à-dire aux héritiers, d'après les principes sur les dettes alternatives (art. 1190).

C'est le plus souvent par contrat de mariage que se font les libéralités dont nous parlons, et elles portent généralement sur l'usufruit de la moitié des biens. Dans ce cas, l'acceptation par un conjoint d'une telle libéralité, ne le rend pas irrecevable à se prévaloir d'un testament par lequel son conjoint prédécédé lui aurait légué le quart de ses biens en pleine propriété, et un autre quart en nue-propriété. Ce legs n'est pas nul, mais il excède la quotité disponible qui n'était plus que du quart en nue-propriété; le conjoint survivant ne peut donc réclamer que ce quart (1).

Les libéralités qui dépassent le disponible exceptionnel de l'art. 1094, ne sont pas nulles, en effet, mais simplement réductibles. Les réservataires n'ont le droit d'agir en réduction que quand les libéralités excèdent le disponible et entament leur réserve. Donc ils n'auront pas l'action en réduction, si le conjoint donataire renonce, après la mort du donateur, au bénéfice de la donation, et que leur réserve reste entière (2). S'ils contestent la sincérité de la prétendue quittance de la dot contenue dans le contrat de mariage de leurs auteurs,

(1) Liège, 4 déc. 1890, *Pas.*, 91, 2, 128.
(2) Laurent, t. XV, n° 374.

on ne saurait leur opposer les constatations de l'acte, car ils agissent comme tiers et en vertu d'un droit qu'ils tiennent de la loi (1).

Les donataires et légataires ne peuvent évidemment agir en réduction. Mais, quand la réserve est intacte et qu'ils ont droit au disponible le plus large, ils peuvent demander que les libéralités faites au conjoint survivant soient renfermées dans les limites de l'art. 1094, et ne sauraient être repoussées par l'exception tirée de l'art. 921.

485. En cas de second mariage d'un disposant ayant déjà des enfants d'une précédente union, la loi a cru devoir, dans l'intérêt de ces enfants, restreindre, à l'égard du nouvel époux, la portion ordinairement disponible :

ART. 1098. L'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage, ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, et sans que, dans aucun cas, ces donations puissent excéder le quart des biens (*).

C'est dans une constitution de Léon et d'Authémius (459 apr. J.-C.) que nous trouvons l'origine de la prohibition de traiter le second conjoint avec plus de faveur que l'enfant prenant le moins dans la succession du *de cujus*, prohibition que l'édit des secondes noces (1560) naturalisa dans la législation française.

L'art. 1098 serait applicable, quand même le *de cujus* ne laisserait qu'un enfant; l'expression *enfants* comprend d'ailleurs les enfants et petits-enfants légitimes ou légitimés, même ceux qui sont simplement conçus et à quelque degré que ce soit; même ceux dont le père ou la mère était décédé antérieurement au mariage subséquent de leur aïeul; mais elle ne comprend pas les enfants naturels, sauf s'ils avaient été légitimés par le mariage précédent, ni les enfants adoptifs.

(*) Art. 1098. — L. 6, pr. C. 5, 9, L. 3 et 5; *Ibid.*, Novell. 2, 22, 98, 127.

(1) Cass. belge, 25 juin 1891, S. 91, 4, 25.

Pour calculer la part d'enfant, il ne faut pas compter seulement les enfants du premier lit, mais tous les enfants que laisse le disposant au moment de son décès. Les prédécédés qui n'ont pas laissé de descendants, les indignes et les renonçants ne comptent pas. Si l'un des enfants a reçu des libéralités par préciput, ces libéralités seront déduites de la masse sur laquelle doit être prise la part du nouvel époux. Il faudra distraire aussi de cette masse la portion de biens revenant aux enfants naturels reconnus. De cette manière le nouveau conjoint aura ce qu'obtiennent les enfants non avantagés qui prennent moins que les autres enfants.

La part d'enfant *le moins prenant* est donc la part de réserve à laquelle se trouve, en droit, appelé un enfant, et non la part plus restreinte, dont il lui plairait, en fait, de se contenter.

Cette part ne peut, dans aucun cas, dépasser le quart des biens du disposant. Par conséquent celui qui, ne laissant qu'un ou deux enfants, pourrait donner à un étranger la moitié ou le tiers de ses biens, ne pourra disposer que du quart au profit de son second conjoint. Mais l'art. 1098 ne limite pas, comme le fait l'art. 1094, la quotité disponible en usufruit. Donc si l'usufruit donné par l'époux qui se remarie excède le quart des biens, l'art. 917 sera applicable (1).

Dans le cas de plusieurs mariages successifs, des opinions diverses se sont produites sur la manière de calculer la part des *second* et *subséquent* conjoints :

D'après les uns les conjoints successifs ne pourraient recevoir, ensemble, que le quart des biens; donc si le quart a déjà été donné au deuxième, il ne reste rien pour le troisième, etc. D'autres ont admis que la quotité fixée par l'ar-

(1) Cass. 1er juill. 1873, D. 74, 1, 26; Liège, 15 juill. 1887, *Pas.*, 87, 2, 379; Laurent, t. XV, n° 402, et les autorités citées; *Adde*, Bastia, 12 janv. 1876, S. 76, 2, 164.

ticle 1098 peut être donnée en entier à chacun des conjoints successifs dans les limites du disponible ordinaire fixé par l'art. 913. Mais la majorité reconnaît avec raison, que tous les conjoints pris ensemble, ne peuvent, conformément aux traditions de l'ancien droit, recevoir qu'une part d'enfant. C'est d'ailleurs la solution qui semble bien résulter du texte. Il y est question, en effet, d'une part d'enfant à attribuer en cas d'un second ou *subséquent* mariage, c'est-à-dire en cas de plusieurs mariages successifs (1).

Si les limites fixées par l'art. 1098 ont été dépassées, il y aura lieu à réduction. Or, par l'effet de la réduction, les biens donnés rentreront dans la succession du disposant, et cette succession sera partagée également entre tous ses enfants, même issus de mariages différents (art. 745); donc l'action en réduction doit appartenir aux enfants du second ou subséquent mariage, lorsque les enfants du premier lit, dans l'intérêt de qui elle a été instituée, négligent ou refusent de l'exercer (2).

Il va sans dire que l'action en réduction ne peut naître au profit des enfants du premier lit que s'ils viennent, en qualité d'héritiers, à la succession de leur auteur.

Cette action atteint toutes les libéralités directes dépassant la limitation de l'art. 1098; elle est soumise aux règles établies par les art. 920 et suiv. Par conséquent, les fruits de la portion sujette à restitution, ne sont dus par l'époux donataire qu'à compter du jour de la demande, quand celle-ci a été formée plus d'une année après le décès du donateur (3).

(1) Pothier, *Contrat de mariage*, n° 566; Aubry et Rau, § 690, texte et note 46; Mourlon, t. II, n° 1018; Demolombe, t. XXIII, n° 572; Laurent, t. XV, n° 387; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 775; Comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 278 *bis* XI.

(2) Aubry et Rau, § 690, texte et note 43; Colmet de Santerre, t. IV, n° 178 *bis* X; Demolombe, t. XXIII, n° 602; Laurent, t. IV, n° 400; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 776.

(3) Cass. 20 avr. 1880, D. 80, 1, 428.

486. Elle atteint aussi les donations indirectes ou déguisées, ou faites par personnes interposées :

ART. 1099. Les époux ne pourront se donner *indirectement* au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus. — Toute donation ou *déguisée*, ou faite *à personnes interposées*, sera nulle.

Ce texte contient la sanction destinée à garantir l'accomplissement des règles qui viennent d'être exposées sous les art. 1094 et 1098. La principale difficulté qu'il présente, est celle de savoir si c'est avec intention que le législateur a employé un langage différent dans les deux paragraphes qui le composent, et si la nullité prononcée par la dernière de ces dispositions doit s'appliquer à la lettre dans tous les cas de *libéralité déguisée*, ou faite à *personne interposée*.

La jurisprudence de la Cour suprême reconnait que l'art. 1099 renferme deux règles distinctes; la première soumettant simplement à la réduction, les donations indirectes, mais ostensibles; la seconde prononçant la nullité pour le tout, même pour la partie qui aurait pu être normalement donnée, des donations déguisées ou faites par personnes interposées, pourvu qu'elles excèdent la quotité disponible et que l'intention de fraude soit démontrée (1), restrictions qui paraissent contraires aux termes bien clairs et à l'esprit de la loi, et que repoussent même certains auteurs qui adoptent d'ailleurs le système de la Cour suprême (2).

D'après la même Cour, la nullité qui frappe les donations déguisées faites par l'un des époux à son conjoint, est une nullité d'ordre public et en même temps une nullité de forme qui peut être opposée par toute personne ayant intérêt à

(1) Rennes, 7 avr. 1892, D. 92, 2, 245; Cass. 14 avr. 1886, D. 87, 1, 169; 22 juill. 1884, D. 85, 1, 164; 23 mai 1882, D. 83, 1, 407; *Contrà*, Cass. belge, 29 déc. 1865, *Pas.*, 66, 1, 241; Grenoble, 21 mars 1870, D. 70, 2, 190; Limoges, 27 mai 1867, D. 67, 2, 4.

(2) Voy. AUBRY et RAU, § 690, texte et note 24; COLMET DE SANTERRE, t. IV, n° 279 *bis*; DEMOLOMBE, t. XXIII, n° 614; LAURENT, t. XV, n°s 404 et suiv., 407; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 779.

s'en prévaloir (1), spécialement par l'époux donateur (2).

487. L'interposition de personne peut être prouvée par tous moyens de droit; mais dans certains cas elle est l'objet d'une présomption légale *juris et de jure*, n'admettant pas la preuve contraire :

ART. 1100. Seront réputées faites à personnes interposées, les donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage, et celles faites par le donateur aux parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire.

Il faut observer :

1° Que le mot *enfant* employé dans le texte qui précède, comprend les petits enfants, mais non les enfants communs;

2° Qu'il comprend les enfants naturels;

3° Qu'il n'y aurait pas interposition de personne si le conjoint n'avait pas été héritier présomptif du donataire, au jour de la donation, quand même il serait plus tard devenu effectivement son héritier;

4° Que la présomption d'interposition existerait, lors même que le parent, héritier présomptif du donataire, survivrait et renoncerait à la succession du donataire, ou en serait écarté comme indigne;

5° Que la présomption d'interposition ne saurait avoir lieu quand la donation est faite à l'enfant du conjoint après la mort de celui-ci;

6° Enfin que l'art. 1100 ne paraît pas devoir s'appliquer aux donations que les époux se font pendant le mariage (3). L'opinion générale est cependant contraire; la jurisprudence se montre même plus sévère pour les donations dissimulées que les époux se font pendant le mariage, en ce sens qu'elle les annule, lors même qu'elles n'excéderaient pas le disponible (4).

(1) Arrêt précité du 14 avr. 1886.
(2) Arrêt précité de Rennes, du 7 avr. 1892.
(3) LAURENT, t. XV, n°s 328, 413.
(4) Paris, 24 avr. 1869, D. 69, 2, 22.

APPENDICE.

LOIS NOUVELLES PROMULGUÉES AU COURS DE L'IMPRESSION DE L'OUVRAGE, ET RELATIVES AUX MATIÈRES DÉJA TRAITÉES (1).

488. — *Nationalité française;* moyens de l'acquérir ou de la décliner ; L. 22 juillet 1893.
489. — *Etrangers;* leur séjour en France ; L. 8 août 1893.
490. — *Actes de l'état civil* dressés aux armées ou au cours d'un voyage maritime ; L. 8 juin 1893.
491. — *Actes de l'état civil;* reconstitution pour Paris ; L. 5 juin 1893.
492. — *Actes de l'état civil;* procurations dressées aux armées, ou au cours d'un voyage maritime ; L. 8 juin 1893.
493. — *Conseil judiciaire;* publicité ; L. 16 mars 1893.
494. — *Enregistrement;* successions, partages ; L. 28 avril 1893.

488. *Nationalité française.* — Une loi du 22 juillet 1893, a eu pour but de diminuer le nombre des individus sans nationalité déterminée, et de faciliter en certains cas l'obtention de la nationalité française. (Voy. t. Ier, nos 226 et suiv., nos 259 et suiv.).

Cette loi est ainsi conçue :

« Art. 1er. Le paragraphe 3 de l'art. 8 du Code civil est ainsi modifié :

« Est Français.....

« 3° Tout individu né en France de parents étrangers dont l'un y est lui-même né; sauf la faculté pour lui, si c'est la mère qui est née en France, de décliner dans l'année qui

(1) La table méthodique générale qui doit terminer l'ouvrage, atténuera l'inconvénient forcé résultant de ce que les nouveaux textes n'ont pas pu trouver leur place naturelle dans les volumes publiés antérieurement à leur promulgation.

suivra sa majorité la qualité de Français, en se conformant aux dispositions du paragraphe 4 ci-après :

« L'enfant naturel pourra, aux mêmes conditions que l'enfant légitime, décliner la qualité de Français quand le parent qui est né en France n'est pas celui dont il devrait, aux termes du paragraphe 1er, deuxième alinéa, suivre la nationalité.

« Art. 2. Les individus auxquels l'art. 8 du Code civil, paragraphe 3 modifié, réserve la faculté de réclamer la qualité d'étrangers et qui auront atteint leur majorité à l'époque de la promulgation de la présente loi, pourront réclamer cette qualité en remplissant les conditions prescrites dans le délai d'un an à partir de cette promulgation.

« Art. 3. L'art. 9 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit :

« Tout individu né en France d'un étranger et qui n'y est pas domicilié à l'époque de sa majorité pourra, jusqu'à l'âge de vingt-deux ans accomplis, faire sa soumission de fixer en France son domicile, et, s'il l'y établit dans l'année à compter de l'acte de soumission, réclamer la qualité de Français par une déclaration qui sera, à peine de nullité, enregistrée au ministère de la justice.

« L'enregistrement sera refusé s'il résulte des pièces produites que le déclarant n'est pas dans les conditions requises par la loi, sauf à lui à se pourvoir devant les tribunaux civils, dans la forme prescrite par les art. 855 et suivants du Code de procédure civile.

« La notification motivée du refus devra être faite au réclamant dans le délai de deux mois à partir de sa déclaration.

« L'enregistrement pourra en outre être refusé pour cause d'indignité, au déclarant qui réunirait toutes les conditions légales; mais, dans ce cas, il devra être statué, le déclarant dûment avisé, par décret rendu sur l'avis conforme du Conseil d'État, dans le délai de trois mois à partir de la déclara-

tion, ou, s'il y a eu contestation, du jour où le jugement qui a admis la réclamation est devenu définitif.

« Le déclarant aura la faculté de produire devant le Conseil d'État des pièces et des mémoires.

« A défaut des notifications ci-dessus visées dans les délais susindiqués, et à leur expiration, le ministre de la justice remettra au déclarant, sur sa demande, une copie de sa déclaration, revêtue de la mention de l'enregistrement.

« La déclaration produira ses effets du jour où elle aura été faite, sauf l'annulation qui pourra résulter du refus d'enregistrement.

« Les règles relatives à l'enregistrement prescrites par les paragraphes 2 et 3 du présent article sont applicables aux déclarations faites en vue de décliner la nationalité française, conformément à l'art. 8, paragraphes 3 et 4, et aux art. 12 et 18.

« Les déclarations faites, soit pour réclamer, soit pour décliner la qualité de Français, doivent, après enregistrement, être insérées au *Bulletin des lois*. Néanmoins l'omission de cette formalité ne pourra pas préjudicier aux droits des déclarants.

« Si l'individu qui réclame la qualité de Français est âgé de moins de vingt-et-un ans accomplis, la déclaration sera faite en son nom par son père; en cas de décès, par sa mère; en cas du décès du père et de la mère ou de leur exclusion de la tutelle, ou dans les cas prévus par les art. 141, 142 et 143 du Code civil, par le tuteur autorisé par délibération du conseil de famille.

« Il devient également Français si, ayant été porté sur le tableau de recensement, il prend part aux opérations de recrutement sans opposer son extranéité. »

489. *Étrangers. Leur séjour en France.* (Voy. t. Ier, nos 267 et suiv.).

Loi du 8 août 1893, relative au séjour des étrangers en France et à la protection du travail national.

« Art. 1er. Tout étranger non admis à domicile, arrivant dans une commune pour y exercer une profession, un commerce ou une industrie, devra faire à la mairie une déclaration de résidence en justifiant de son identité dans les huit jours de son arrivée. Il sera tenu, à cet effet, un registre d'immatriculation des étrangers, suivant la forme déterminée par un arrêté ministériel.

« Un extrait de ce registre sera délivré au déclarant dans la forme des actes de l'état civil, moyennant les mêmes droits.

« En cas de changement de commune, l'étranger fera viser son certificat d'immatriculation, dans les deux jours de son arrivée, à la mairie de sa nouvelle résidence.

« Art. 2. Toute personne qui emploiera sciemment un étranger non muni du certificat d'immatriculation sera passible des peines de simple police.

« Art. 3. L'étranger qui n'aura pas fait la déclaration imposée par la loi dans le délai déterminé, ou qui refusera de produire son certificat à la première réquisition, sera passible d'une amende de 50 à 200 francs.

« Celui qui aura fait sciemment une déclaration fausse ou inexacte sera passible d'une amende de 100 à 300 fr., et, s'il y a lieu, de l'interdiction temporaire ou indéfinie du territoire français.

« L'étranger expulsé du territoire français, et qui y serait rentré sans l'autorisation du gouvernement, sera condamné à un emprisonnement de un à six mois. Il sera, après l'expiration de sa peine, reconduit à la frontière.

« L'art. 463 du Code pénal est applicable aux cas prévus par la présente loi.

« Art. 4. Les produits des amendes prévues par la présente loi seront attribués à la caisse municipale de la commune de la résidence de l'étranger qui en sera frappé.

« Art. 5. Il est accordé aux étrangers visés par l'art. 1er, et actuellement en France, un délai d'un mois pour se conformer aux prescriptions de la loi.

490. *Actes de l'état civil.* (Voy. t. Ier, nos 327 et suiv., 331, 339, 353, 354).

Loi du 8 juin 1893, portant modification des dispositions du Code civil relatives à certains actes de l'état civil, et aux testaments faits soit aux armées, soit au cours d'un voyage maritime.

« Art. 1er. Les art. 47, 48, 59 à 62, 80, 86 à 98, et l'intitulé du chapitre 5 du titre II du livre Ier du Code civil sont modifiés ainsi qu'il suit :

« *Art. 47.* (Le commencement comme à l'article du Code).

« Lorsqu'un de ces actes concernant des Français sera transmis au ministère des affaires étrangères, il y restera déposé pour en être délivré expédition.

« *Art. 48.* (Le commencement comme à l'article du Code).

« Un double des registres de l'état civil tenus par ces agents sera adressé à la fin de chaque année au ministre des affaires étrangères, qui en assurera la garde et pourra en délivrer des extraits.

« *Art. 59.* En cas de naissance pendant un voyage maritime, il en sera dressé acte dans les trois jours de l'accouchement, en présence du père s'il est à bord, et de deux témoins pris parmi les officiers du bâtiment, ou, à leur défaut, parmi les hommes de l'équipage.

« Si la naissance a lieu pendant un arrêt dans un port, l'acte sera dressé dans les mêmes conditions, lorsqu'il y aura impossibilité de communiquer avec la terre ou lorsqu'il n'existera pas dans le port, si l'on est à l'étranger, d'agent diplomatique ou consulaire français investi des fonctions d'officier de l'état civil.

« Cet acte sera rédigé, savoir : sur les bâtiments de l'État, par l'officier du commissariat de la marine ou, à son défaut,

par le commandant ou celui qui en remplit les fonctions; et sur les autres bâtiments, par le capitaine, maître ou patron, ou celui qui en remplit les fonctions.

« Il y sera fait mention de celle des circonstances ci-dessus prévues dans laquelle l'acte a été dressé.

« L'acte sera inscrit à la suite du rôle d'équipage.

« *Art. 60.* Au premier port où le bâtiment abordera pour toute autre cause que pour celle de son désarmement, l'officier instrumentaire sera tenu de déposer deux expéditions de chacun des actes de naissance dressés à bord.

« Ce dépôt sera fait, savoir : si le port est français, au bureau des armements par les bâtiments de l'État, et au bureau de l'inscription maritime par les autres bâtiments; si le port est étranger, entre les mains du consul de France. Au cas où il ne se trouverait pas dans ce port de bureau des armements, de bureau de l'inscription maritime ou de consul, le dépôt serait ajourné au plus prochain port d'escale ou de relâche.

« L'une des expéditions déposées sera adressée au ministre de la marine, qui la transmettra à l'officier de l'état civil du dernier domicile du père de l'enfant ou de la mère si le père est inconnu, afin qu'elle soit transcrite sur les registres; si le dernier domicile ne peut être retrouvé ou s'il est hors de France, la transcription sera faite à Paris.

« L'autre expédition restera déposée aux archives du consulat ou du bureau de l'inscription maritime.

« Mention des envois et dépôts effectués conformément aux prescriptions du présent article sera portée en marge des actes originaux par les commissaires de l'inscription maritime ou par les consuls.

« *Art. 61.* A l'arrivée du bâtiment dans le port de désarmement, l'officier instrumentaire sera tenu de déposer, en même temps que le rôle d'équipage, une expédition de chacun des actes de naissance dressés à bord dont copie n'au-

rait point été déjà déposée conformément aux prescriptions de l'article précédent.

« Ce dépôt sera fait, pour les bâtiments de l'État, au bureau des armements, et, pour les autres bâtiments, au bureau de l'inscription maritime.

« L'expédition ainsi déposée sera adressée au ministre de la marine, qui la transmettra comme il est dit à l'article précédent.

« *Art. 62.* L'acte de reconnaissance d'un enfant naturel sera inscrit sur les registres à sa date, et il sera fait mention en marge de l'acte de naissance, s'il en existe un.

« Dans les circonstances prévues à l'art. 59, la déclaration de reconnaissance pourra être reçue par les officiers instrumentaires désignés en cet article, et dans les formes qui y sont indiquées.

« Les dispositions des art. 60 et 61 relatives au dépôt et aux transmissions seront, dans ce cas, applicables. Toutefois, l'expédition adressée au ministre de la marine devra être transmise par lui, de préférence, à l'officier de l'état civil du lieu où l'acte de naissance de l'enfant aura été dressé ou transcrit, si ce lieu est connu.

« *Art. 80.* En cas de décès dans les hôpitaux ou les formations sanitaires, les hôpitaux maritimes, coloniaux, civils ou autres établissements publics, soit en France, soit dans les colonies ou les pays de protectorat, les directeurs, administrateurs ou maîtres de ces hôpitaux ou établissements devront en donner avis, dans les vingt-quatre heures, à l'officier de l'état civil ou à celui qui en remplit les fonctions.

« Celui-ci s'y transportera pour s'assurer du décès et en dressera l'acte, conformément à l'article précédent, sur les déclarations qui lui auront été faites et sur les renseignements qu'il aura pris.

« Il sera tenu, dans lesdits hôpitaux, formations sanitaires et établissements, un registre sur lequel seront inscrits ces déclarations et renseignements.

« L'officier de l'état civil qui aura dressé l'acte de décès enverra, dans le plus bref délai, à l'officier de l'état civil du dernier domicile du défunt une expédition de cet acte, laquelle sera immédiatement transcrite sur les registres.

« *Art. 86.* En cas de décès pendant un voyage maritime et dans les circonstances prévues à l'art. 59, il en sera, dans les vingt-quatre heures et en présence de deux témoins, dressé acte par les officiers instrumentaires désignés en cet article et dans les formes qui y sont prescrites.

« Les dépôts et transmissions des originaux et des expéditions seront effectués conformément aux distinctions prévues par les art. 60 et 61.

« La transcription des actes de décès sera faite sur les registres de l'état civil du dernier domicile du défunt, ou, si le domicile est inconnu, à Paris.

« *Art. 87.* Si une ou plusieurs personnes inscrites au rôle d'équipage ou présentes à bord, soit sur un bâtiment de l'État, soit sur tout autre bâtiment, tombent à l'eau sans que leur corps puisse être retrouvé, il sera dressé un procès-verbal de disparition par l'autorité investie à bord des fonctions d'officier de l'état civil. Ce procès-verbal sera signé par l'officier instrumentaire et par les témoins de l'accident, et inscrit à la suite du rôle d'équipage.

« Les dispositions des art. 60 et 61, relatives au dépôt et à la transmission des actes et des expéditions, seront applicables à ces procès-verbaux.

« *Art. 88.* En cas de présomption de perte totale d'un bâtiment ou de disparition d'une partie de l'équipage ou des passagers, s'il n'a pas été possible de dresser les procès-verbaux de disparition prévus à l'article précédent, il sera rendu par le ministre de la marine, après une enquête administrative et sans formes spéciales, une décision déclarant la présomption de perte du bâtiment ou la disparition de tout ou partie de l'équipage ou des passagers.

« *Art. 89.* La présomption de décès sera déclarée comme il est dit à l'article précédent, après une enquête administrative et sans formes spéciales, par le ministre de la marine à l'égard des marins ou militaires morts aux colonies, dans les pays de protectorat ou lors des expéditions d'outre-mer, quand il n'aura pas été dressé d'acte régulier de décès.

« *Art. 90.* Le ministre de la marine pourra transmettre une copie de ces procès-verbaux ou de ces décisions au procureur général du ressort dans lequel se trouve le tribunal soit du dernier domicile du défunt, soit du port d'armement du bâtiment, soit enfin du lieu du décès, et requérir ce magistrat de poursuivre d'office la constatation judiciaire des décès.

« Ceux-ci pourront être déclarés constants par un jugement collectif rendu par le tribunal du port d'armement, lorsqu'il s'agira de personnes disparues dans un même accident.

« *Art. 91.* Les intéressés pourront également se pourvoir, à l'effet d'obtenir la déclaration judiciaire d'un décès, dans les formes prévues aux art. 855 et suivants du Code de procédure civile. Dans ce cas, la requête sera communiquée au ministre de la marine, à la diligence du ministère public.

« *Art. 92.* Tout jugement déclaratif de décès sera transcrit à sa date sur les registres de l'état civil du dernier domicile, ou, si celui-ci est inconnu, à Paris. Il sera fait mention du jugement et de sa transcription, en marge des registres, à la date du décès.

« Les jugements collectifs seront transcrits sur les registres de l'état civil du port d'armement ; il pourra en être délivré des extraits individuels.

« Les jugements déclaratifs de décès tiendront lieu d'acte de l'état civil et ils seront opposables aux tiers, qui pourront seulement en obtenir la rectification conformément à l'art. 99.

« CHAPITRE V. — DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL CONCERNANT LES MILITAIRES ET MARINS DANS CERTAINS CAS SPÉCIAUX.

« *Art. 93.* Les actes de l'état civil concernant les militaires, les marins de l'État et les personnes employées à la suite des armées seront établis comme il est dit aux chapitres précédents.

« Toutefois, hors de la France et dans les circonstances prévues au présent paragraphe, ils pourront, en tout temps, être également reçus par les autorités ci-après indiquées, en présence de deux témoins : 1° dans les formations de guerre mobilisées, par le trésorier ou l'officier qui en remplit les fonctions, quand l'organisation comporte cet emploi, et, dans le cas contraire, par l'officier commandant; 2° dans les quartiers généraux ou états-majors, par les fonctionnaires de l'intendance ou, à défaut, par les officiers désignés pour les suppléer; 3° pour les personnes non militaires, employées à la suite des armées, par le prévôt ou l'officier qui en remplit les fonctions; 4° dans les formations ou établissements sanitaires dépendant des armées, par les officiers d'administration gestionnaires de ces établissements; 5° dans les hôpitaux maritimes et coloniaux, sédentaires ou ambulants, par le médecin directeur ou son suppléant; 6° dans les colonies et les pays de protectorat et lors des expéditions d'outre-mer, par les officiers du commissariat ou les fonctionnaires de l'intendance, ou, à leur défaut, par les chefs d'expédition, de poste ou de détachement.

« En France, les actes de l'état civil pourront également être reçus, en cas de mobilisation ou de siège, par les officiers énumérés aux cinq premiers numéros du paragraphe précédent. La compétence de ces officiers s'étendra, s'il est nécessaire, aux personnes non militaires qui se trouveront dans les forts et places fortes assiégés.

« *Art. 94.* Dans tous les cas prévus à l'article précédent, l'officier qui aura reçu un acte en transmettra, dès que la

communication sera possible et dans le plus bref délai, une expédition au ministre de la guerre ou de la marine, qui en assurera la transcription sur les registres de l'état civil du dernier domicile : du père ou, si le père est inconnu, de la mère, pour les actes de naissance; du mari, pour les actes de mariage; du défunt, pour les actes de décès. Si le lieu du dernier domicile est inconnu, la transcription sera faite à Paris.

« *Art. 95.* Dans les circonstances énumérées à l'art. 93, il sera tenu un registre de l'état civil : 1° dans chaque corps de troupes ou formation de guerre mobilisée, pour les actes relatifs aux individus portés sur les contrôles du corps de troupes ou sur ceux des corps qui ont participé à la constitution de la formation de guerre; 2° dans chaque quartier général ou état-major, pour les actes relatifs à tous les individus qui sont employés ou qui en dépendent; 3° dans les prévôtés, pour toutes les personnes non militaires employées à la suite des armées; 4° dans chaque formation ou établissement sanitaire dépendant des armées et dans chaque hôpital maritime ou colonial, pour les individus en traitement ou employés dans ces établissements, de même que pour les morts appartenant à l'armée, qu'on y placerait à titre de dépôt; 5° dans chaque unité opérant isolément aux colonies, dans les pays de protectorat ou en cas d'expédition d'outre-mer, les actes concernant les individus éloignés du corps ou des états-majors auxquels ils appartiennent ou dont ils dépendent seront inscrits sur le registre du corps ou de l'état-major près duquel ils sont employés ou détachés.

« Les registres seront arrêtés au jour du passage des armées sur le pied de paix ou de la levée du siège.

« Ils seront adressés au ministre de la guerre ou de la marine, pour être déposés aux archives de leur département ministériel.

« *Art. 96.* Les registres seront cotés et paraphés : 1° par le

chef d'état-major, pour les unités mobilisées qui dépendent du commandement auquel il est attaché; 2° par l'officier commandant, pour les unités qui ne dépendent d'aucun état-major; 3° dans les places fortes ou forts, par le gouverneur de la place ou le commandant du fort; 4° dans les hôpitaux ou formations sanitaires dépendant des armées, par le médecin-chef de l'hôpital ou de la formation sanitaire; 5° dans les hôpitaux maritimes ou coloniaux et pour les unités opérant isolément aux colonies, dans les pays de protectorat et en cas d'expédition d'outre-mer, par le chef d'état-major ou par l'officier qui en remplit les fonctions.

« *Art. 97.* Lorsqu'un mariage sera célébré dans l'une des circonstances prévues à l'art. 93, les publications seront faites au lieu du dernier domicile du futur époux; elles seront mises, en outre, vingt-cinq jours avant la célébration du mariage, à l'ordre du jour du corps, pour les individus qui tiennent à un corps, et à celui de l'armée ou du corps d'armée, pour les officiers sans troupes et pour les employés qui en font partie.

« *Art. 98.* Les dispositions des art. 93 et 94 seront applicables aux reconnaissances d'enfants naturels.

« Toutefois, la transcription de ces actes sera faite, à la diligence du ministre de la guerre ou de la marine, sur les registres de l'état civil où l'acte de naissance de l'enfant aura été dressé ou transcrit, et s'il n'y en a pas eu ou si le lieu est inconnu, sur les registres indiqués en l'art. 94 pour la transcription des actes de naissance.

« Art. 2. Les art. 99 et 101, concernant la rectification des actes de l'état civil, sont modifiés ainsi qu'il suit :

« *Art. 99.* Lorsque la rectification d'un acte de l'état civil sera demandée, il y sera statué, sauf appel, par le tribunal du lieu où l'acte a été reçu, et au greffe duquel le registre est ou doit être déposé.

« La rectification des actes de l'état civil dressés au cours

d'un voyage maritime, aux armées ou à l'étranger sera demandée au tribunal dans le ressort duquel l'acte a été transcrit conformément à la loi; il en sera de même pour les actes de décès reçus en France ou dans les colonies et dont la transcription est ordonnée par l'art. 80.

« La rectification des jugements déclaratifs des décès sera demandée au tribunal qui en aura déclaré le décès; toutefois, lorsque ce jugement n'aura pas été rendu par un tribunal de la métropole, la rectification en sera demandée au tribunal dans le ressort duquel la déclaration de décès aura été transcrite conformément à l'art. 92.

« Le procureur de la République sera entendu dans ses conclusions.

« Les parties intéressées seront appelées, s'il y a lieu.

« *Art. 101*. Les jugements de rectification seront transmis immédiatement par le procureur de la République à l'officier de l'état civil du lieu où se trouve inscrit l'acte réformé. Ils seront transcrits sur les registres, et mention en sera faite en marge de l'acte réformé. »

491. *Actes de l'état civil* intéressant la ville de Paris.

Loi du 5 juin 1893, portant modification des dispositions de la loi du 12 février 1872 sur la reconstitution des actes de l'état civil de Paris :

« Art. 1er. Les actes de l'état civil de Paris et des communes y annexées en 1859, dont les registres ont été détruits en 1871, et qui n'ont pu être reconstitués jusqu'à ce jour, seront rétablis d'office, savoir :

« 1° En ce qui concerne les actes de naissance, jusqu'au 1er janvier 1820;

« 2° En ce qui concerne les actes de mariage, jusqu'au 1er janvier 1830;

« 3° En ce qui concerne les actes de décès, jusqu'au 1er janvier 1838.

« Art. 2. Les pouvoirs de la commission instituée par

l'art. 2 de la loi du 12 février 1872, tant pour le travail de la reconstitution d'office que pour les reconstitutions sur extraits authentiques ou sur déclarations des parties intéressées, prendront fin à l'expiration du délai de trois ans à compter de la promulgation de la présente loi.

« Toutefois, et pendant l'année suivante, ladite commission conservera qualité pour prononcer l'annulation des extraits qui seraient reconnus faire double emploi avec des actes déjà rétablis.

« Art. 3. Tout extrait authentique d'un acte non reconstitué, qui serait découvert et produit après le terme fixé par l'art. 2, sera déposé au greffe du tribunal de la Seine où il sera conservé pour servir d'original. Une copie sur papier libre, certifiée conforme par le greffier, sera remise au dépôt central de la préfecture de la Seine, pour prendre rang au nombre des actes reconstitués.

« Une seconde copie sur papier libre sera remise, après avoir été revêtue d'une estampille, au détenteur de l'acte, pour tenir lieu de l'extrait qui aura été déposé; le tout sans frais.

« Art. 4. Le procureur de la République près du tribunal de la Seine agira d'office et procédera à toutes instructions préalables en vue de la reconstitution des actes intéressant des personnes qui justifieraient de leur indigence dans la forme prévue par l'art. 6 de la loi du 10 décembre 1850. Les actes de procédure et les jugements à intervenir seront, en ce cas, visés pour timbre et enregistrés gratis.

« Art. 5. Sont abrogées les dispositions de la loi du 12 février 1872 en ce qu'elles ont de contraire à la présente loi. »

492. *Actes de l'état civil;* procurations dressées aux armées.

Loi du 8 juin 1893, relative aux actes de procuration, de consentement et d'autorisation dressés aux armées ou dans le cours d'un voyage maritime :

« Art. 1er. En temps de guerre ou pendant une expédition, les actes de procuration, les actes de consentement à ma-

riage ou à engagement militaire et les déclarations d'autorisation maritale consentis ou passés par les militaires, les marins de l'État ou les personnes employées à la suite des armées ou embarquées à bord des bâtiments de l'État, pourront être dressés par les fonctionnaires de l'intendance ou les officiers du commissariat.

« A défaut de fonctionnaires de l'intendance ou d'officiers de commissariat, les mêmes actes pourront être dressés : 1° dans les détachements isolés, par l'officier commandant pour toutes les personnes soumises à son commandement; 2° dans les formations ou établissements sanitaires dépendant des armées, par les officiers d'administration gestionnaires pour les personnes soignées ou employées dans ces formations ou établissements; 3° à bord des bâtiments qui ne comportent pas d'officier d'administration, par le commandant ou celui qui en remplit les fonctions; 4° dans les hôpitaux maritimes et coloniaux, sédentaires ou ambulants, par le médecin directeur ou son suppléant pour les personnes soignées ou employées dans ces hôpitaux.

« Art. 2. Au cours d'un voyage maritime, soit en route, soit pendant un arrêt dans un port, les mêmes actes concernant les personnes présentes à bord pourront être dressés : sur les bâtiments de l'État, par l'officier d'administration ou, à son défaut, par le commandant ou celui qui en remplit les fonctions, et sur les autres bâtiments, par le capitaine, maître ou patron assisté par le second du navire ou, à leur défaut, par ceux qui les remplacent.

« Ils pourront de même être dressés, dans les hôpitaux maritimes ou coloniaux, sédentaires ou ambulants, par le médecin directeur ou son suppléant pour les personnes employées ou soignées dans ces hôpitaux.

« Art. 3. Hors de France, la compétence des fonctionnaires et officiers désignés aux deux articles précédents sera absolue.

« En France, elle sera limitée au cas où les intéressés ne pourront s'adresser à un notaire. Mention de cette impossibilité sera consignée dans l'acte.

« Art. 4. Les actes reçus dans les conditions indiquées en la présente loi seront rédigés en brevet.

« Ils seront légalisés : par le commissaire aux armements, s'ils ont été dressés à bord d'un bâtiment de l'État; par l'officier du commissariat chargé de l'inscription maritime, s'ils ont été dressés sur un bâtiment de commerce; par un fonctionnaire de l'intendance ou par un officier du commissariat, s'ils ont été dressés dans un corps de troupe, et par le médecin-chef, s'ils ont été dressés dans un hôpital ou une formation sanitaire militaires.

« Ils ne pourront être valablement utilisés qu'à la condition d'être timbrés et après avoir été enregistrés. »

493. *Conseil judiciaire;* publicité. (Voy. t. III, n° 515).

Loi du 16 mars 1893, relative à la publicité à donner à la décision qui pourvoit un individu d'un conseil judiciaire :

« Art. 1er. Il est ajouté à l'art. 501 du Code civil une disposition ainsi conçue :

« Un extrait sommaire du jugement ou arrêt sera en outre transmis, par l'avoué qui l'aura obtenu, au greffe du tribunal du lieu de naissance du défendeur, dans le mois du jour où la décision aura acquis l'autorité de la chose jugée. Cet extrait sera mentionné par le greffier, dans un délai de quinze jours, sur un registre spécial dont toute personne pourra prendre communication et se faire délivrer copie. Le greffier dans un nouveau délai de quinze jours, adressera à l'avoué un certificat constatant l'accomplissement de la formalité.

« A l'égard des individus nés à l'étranger, les décisions seront mentionnées, dans les mêmes formes et délais, sur un registre tenu au greffe du tribunal de la Seine; ce registre mentionnera également les décisions relatives aux individus

nés dans les colonies françaises, indépendamment du registre qui sera tenu au greffe de leur lieu d'origine.

« Toute contravention aux dispositions ci-dessus, commise par les greffiers ou avoués, sera punie d'une amende de cinquante francs, sans préjudice de tous dommages-intérêts.

« Art. 2. Les art. 896 et 897 du Code de procédure civile sont modifiés ainsi qu'il suit :

« *Art. 896.* Le jugement qui prononcera défense de plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier ou en donner décharge, aliéner ou hypothéquer sans assistance de conseil, sera affiché et inscrit au greffe dans la forme prescrite par l'art. 501 du Code civil.

« *Art. 897.* Les demandes en mainlevée d'interdiction ou de conseil judiciaire seront soumises, quant à l'instruction et au jugement, et quant à la publicité de la décision aux mêmes règles que les demandes en interdiction ou nomination de conseil.

« Art. 3. La présente loi sera exécutoire deux mois après sa promulgation.

« Art. 4. Un règlement d'administration publique déterminera le mode de tenue du registre et de transmission de la décision au greffier compétent et du certificat à l'avoué. Il fixera les droits du greffier et de l'avoué. »

Le règlement annoncé par l'art. 4 a fait l'objet d'un décret spécial promulgué à la date du 9 mai 1893.

Nous croyons devoir reproduire certains passages du rapport présenté au Sénat par M. Thézard (1), qui élucident plusieurs points intéressants :

« Le projet n'est-il pas incomplet à l'égard de l'étranger qui « aurait été pourvu d'un conseil judiciaire dans son propre « pays ? Cet étranger, en vertu de la règle que les limites de

(1) Le 12 janv. 1893, *J. Off.* du 11 avr., n° 4.

« sa capacité sont régies par sa loi nationale, peut s'en préva-
« loir même en France, et pour les contrats passés avec les
« Français : comment prémunir nos nationaux contre les frau-
« des dont ils pourraient être victimes ?

« La proposition ne résout pas la question ; mais elle ne
« pouvait pas la résoudre.

« La loi française ne peut pas s'imposer en pays étranger ;
« il lui est impossible de prescrire une obligation aux autori-
« tés publiques des autres nations.

« Il y a donc là une lacune inévitable, mais qui ne sera pas
« toujours sans correctif.

« Il est tout d'abord admis par la jurisprudence que si la
« capacité de l'étranger est en principe réglée par son statut
« personnel, le Français qui a traité avec lui peut échapper
« aux conséquences de cette incapacité lorsqu'il a été dans
« l'impossibilité de la connaître, ou, dans tous les cas, lors-
« qu'il n'a commis aucune imprudence, aucune légèreté qui
« lui soit imputable (Demolombe, C. civ., t. I, p. 117-118 ;
« Cass. 16 janvier 1861 ; 27 mars 1865 ; Paris, 10 juin 1879 ;
« 8 fév. 1883).

« D'autre part, si la législation du pays auquel appartient
« l'étranger prévoit de son côté des mesures de publicité ana-
« logues à celles que nous étudions, il en résultera que, tout
« au moins, à titre gracieux, on pourra obtenir des renseigne-
« ments près des autorités de ce pays.

« Pour aller plus loin, il faudrait plus qu'une loi ordinaire ;
« des conventions internationales seraient indispensables.
« Mais la proposition que nous examinons pourrait elle-même
« servir de base à une entente ultérieure entre les différents
« pays sur une question qui intéresse le crédit et la sécurité
« des transactions ; et c'est une raison de plus pour en hâter
« l'adoption.

« S'il est impossible de compléter la proposition sur le point
« que nous venons de signaler, il est au contraire une hypo-

« thèse voisine, dans laquelle une disposition complémen-
« taire semble toute indiquée.

« C'est celle où il s'agira d'un Français né à l'étranger, qui
« aura été pourvu d'un conseil judiciaire par un tribunal
« français. Alors encore, il sera impossible de s'adresser aux
« autorités du lieu de naissance pour l'accomplissement des
« formalités prescrites : toute une catégorie de prodigues (et
« peut-être une des plus nombreuses, pourra ainsi échapper
« aux dispositions protectrices de l'intérêt des tiers.

« Mais à la différence de l'hypothèse précédente, on rencon-
« tre ici un remède facile. Il suffira, à l'imitation de ce qui
« se fait pour le casier criminel, d'instituer un sommier, ou
« casier central, qui sera tenu, par exemple, au greffe du
« tribunal de la Seine. A ce dépôt unique devront être en-
« voyés les extraits des jugements d'interdiction ou de
« nomination de conseil judiciaire intéressant les Français
« nés à l'étranger, et c'est là que s'adresseront quant à eux,
« les demandes de renseignements.

« La même mesure peut s'appliquer aussi utilement pour
« les individus nés dans les colonies françaises : en ce qui
« concerne, les extraits seront adressés à la fois au greffe
« de leur arrondissement d'origine et au greffe qui tiendra le
« casier central. A défaut de cette prescription, les personnes
« nées dans les colonies, et qui viendraient s'établir en France,
« y trouveraient de grandes difficultés à contracter, si, comme
« nous l'espérons d'ailleurs, la pratique de la loi nouvelle
« était passée dans les mœurs : l'obligation de s'adresser au
« greffe du tribunal dans leur colonie d'origine entraînerait
« des lenteurs qui souvent empêcheraient la conclusion d'af-
« faires utiles et urgentes. »

494. *Enregistrement, acceptations, répudiations de successions; partages.* — Une loi du 28 avril 1893, portant fixation du budget général de l'exercice 1893 (*J. Off.*, 29 avril) a modifié le tarif des droits à percevoir, en ce qui touche les

partages ordinaires désormais soumis à un droit proportionnel (Voy. t. V, n° 439), ainsi que les acceptations et répudiations de successions :

« Art. 19. Sont soumis au droit proportionnel les actes désignés dans l'art. 1er de la loi du 28 février 1872.

« Le droit sera liquidé sur les sommes ou valeurs actuellement passibles du droit fixe gradué.

« La quotité en est fixée à 15 centimes 0/0 pour les partages, et à 20 centimes 0/0 pour les autres actes.

« Art. 25. Il ne sera perçu qu'un seul droit fixe d'enregistrement pour chaque acte distinct d'acceptation de succession ou de renonciation à succession passé au greffe, quel que soit le nombre des acceptants ou des renonçants et celui des successions acceptées ou répudiées.

« Il en sera de même pour les renonciations à communauté par acte au greffe.

« Art. 27. Les dispositions des art. 19 et 26 de la présente loi ne seront exécutoires qu'à partir du 1er juin prochain. »

FIN DU TOME SIXIÈME

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME SIXIÈME.

LIVRE TROISIÈME (*suite*).

TITRE DEUXIÈME.

Des donations entre-vifs et des testaments.

CHAPITRE PREMIER.

DÉFINITIONS GÉNÉRALES.

§ 1er. — Définitions.

Pages.

1. — Fondement du droit de disposer à titre gratuit 5
2. — Modes légaux de disposition, art. 893; exclusion des donations à cause de mort. 6
3. — Définition de la donation, art. 894 8
4. — De la manifestation unilatérale de la volonté de donner. . . 9
5. — Actualité et irrévocabilité de la donation; signification de la règle : donner et retenir ne vaut 11
6. — Définition du testament, art. 895 13
7. — Les solennités de forme requises n'ont pas le même objet dans les donations et les testaments. 15

§ 2. — Modalités.— Des substitutions prohibées.

8. — Aperçu des modalités diverses pouvant affecter une disposition à titre gratuit; du terme 17
9. — De la condition suspensive ou résolutoire 18
10. — De la condition de conserver à charge de rendre. 19
11. — Des substitutions fidéicommissaires dans l'ancien droit. . . 20
12. — Prohibition de ces substitutions dans le droit moderne, art. 896; exception consacrée par l'art. 897 22
13. — Caractères des substitutions prohibées. 24
14. — Nécessité de deux dispositions distinctes 25
15. — De la fiducie. 26
16. — Des fidéicommis et legs conditionnels. 27
17. — Les deux libéralités doivent porter sur la propriété des mêmes biens. Théories diverses sur ce point. 28

Pages.
18. — Le grevé peut être l'héritier *ab intestat* du disposant . . . 32
19. — De l'obligation de conserver jusqu'au décès 32
20. — De la prohibition d'aliéner 34
21. — De la cause permettant l'aliénation *en cas de besoin* . . . 34
22. — Du fidéicommis *de residuo* 35
23. — Autorisation d'aliéner accordée au grevé. 36
24. — Obligation de rendre à une personne déterminée 37
25. — De la clause de retour stipulée au profit des héritiers du disposant. 38
26. — Ou au profit du disposant lui-même, et en même temps d'un tiers ou de ses héritiers. 40

§ 3. — Sanction de la prohibition concernant les substitutions.

27. — Inefficacité de la disposition entière contenant substitution prohibée; — questions de divisibilité. 41
28. — *Quid* si le disposant a déclaré renoncer à la substitution au cas où elle serait contraire à la loi ou simplement attaquée? 44
29. — Cas où l'une des deux libéralités ne peut naître par l'effet d'un vice qui lui est propre. 46
30. — Les substitutions prohibées sont inexistantes; conséquences. 47
31. — De la preuve en cette matière. 49

§ 4. — Dispositions ne constituant pas des substitutions prohibées.

31 *bis*. — A qui doit profiter l'annulation d'une substitution? . . 49
32. — Des libéralités simplement conjointes. 52
33. — Des substitutions vulgaires, art. 898; exemples. 52
34. — Substitutions *compendieuses*, pouvant être aussi bien vulgaires que fidéicommissaires; exemples 55
35. — Dispositions portant sur l'usufruit, art. 899. 56
36. — Exemples 58
37. — De la nationalité du disposant; son influence. 60

§ 5. — De la cause dans les actes à titre gratuit.

38. — Notion distincte de la *condition*, du *motif* et de la *cause* . . 60
39. — De la cause dans les libéralités; confusion qui s'est produite dans la doctrine. 62
40. — Dans les actes gratuits la cause se confond avec la volonté de donner 64
41. — Conséquences; nécessité de ne pas confondre la cause avec le motif. 65
42. — Confusion faite sur ce point par la jurisprudence, d'abord en ce qui touche les libéralités adressées à des enfants prétendus nés hors mariage. 66
43. — Ou intervenues entre concubins. 68

Pages.

§ 6. — **Des conditions illicites dans les actes gratuits.**

44. — Comparaison de l'art. 900 avec l'art. 1172, motifs historiques de l'art. 900. 69
45. — Suite; portée préventive de l'art. 900. 73
46. — Interprétation différente donnée par la doctrine, ... 74
47. — Et la jurisprudence 75
48. — Des conditions auxquelles se réfère l'art. 900 76
49. — Il n'y a pas de conditions légalement ou moralement impossibles. 77
50. — Des conditions illégales; exemples. 78
51. — Suite; conditions ayant pour but d'assurer la perpétuité d'un enseignement confessionnel 79
52. — Suite; L. du 30 avril 1880, art. 19 80
53. — Solutions données par la jurisprudence. 82
54. — Conséquences pratiques; indivisibilité, droit de mutation . . 83
55. — Conditions relatives à la propriété des biens affectés soit à l'enseignement, soit aux pauvres, soit à une simple distribution entre ces derniers. 84

§ 7. — **Conditions contraires à la liberté civile** (*suite*).

56. — Conditions portant atteinte à la liberté, ... 86
57. — Quand au droit de choisir sa résidence, ... 87
58. — Sa profession ou sa religion, ... 88
59. — De se marier ou de ne pas se marier, ... 89
60. — Ou de se remarier. 90
61. — De la condition imposant un changement de nom, . . . 92
62. — Ou une renonciation. 92
63. — Des clauses d'inaliénabilité et d'insaisissabilité. 93
64. — Des clauses pénales portant défense aux héritiers d'attaquer le testament. 94
65. — Le statut sur les conditions illicites est tantôt personnel, tantôt réel 96

CHAPITRE II.

DE LA CAPACITÉ DE DISPOSER ET DE RECEVOIR PAR DONATIONS ENTRE-VIFS OU PAR TESTAMENT.

§ 1er. — **De la capacité de fait nécessaire pour disposer.**

66. — Notions générales sur la capacité de disposer et de recevoir art. 902. 97
67. — Capacité de disposer, art. 901; capacité de fait. 98
68. — Signification exacte de l'art. 901 99
69. — Cas divers d'insanité d'esprit 100
70. — De la preuve en cette matière. 102
71. — De l'action en nullité. 104

Pages.
72. — Des vices du consentement; de l'erreur 105
73. — De la violence et du dol 106
74. — De la suggestion et de la captation; confirmation 107

§ 2. — De la capacité de droit nécessaire pour disposer.

75. — Personnes incapables de disposer 110
76. — Des interdits 110
77. — Des individus pourvus d'un conseil judiciaire. 111
78. — Des mineurs, art. 903, 904. 112
79. — Détails historiques 113
80. — Etendue de l'incapacité du mineur qui a moins de seize ans. 114
81. — Du mineur parvenu à l'âge de seize ans. 116
82. — L'art. 904 contient une règle d'incapacité plutôt qu'une règle d'indisponibilité. 117
83. — Suite 118
84. — Partage des biens dont le mineur ne peut disposer. . . . 119
85. — Droit du mineur de régler ses funérailles, L. du 15 nov. 1887, art. 3. 121
86. — De la femme mariée 122
87. — Des sœurs hospitalières, L. du 24 mai 1825. 123
88. — Des condamnés à une peine perpétuelle 124
89. — Du failli 125

§ 3. — De la capacité nécessaire pour recevoir.

90. — Des incapacités absolues de recevoir; de l'individu non conçu à l'époque où la libéralité produit son effet, art. 905. . 128
91. — Des individus condamnés à une peine perpétuelle 130
92. — Incapacités relatives de recevoir 130
93. — Du tuteur ou ex-tuteur, art. 907. 130
94. — L'incapacité dure tant que les formalités de l'art. 472 n'ont pas été observées 131
95. — Personnes soumises à l'incapacité de recevoir résultant de l'art. 907. 132
96. — Des enfants naturels, art. 908; de leurs descendants légitimes. 133
97. — Des enfants non reconnus, adultérins ou incestueux. . . . 136
98. — L'art. 908 n'a qu'une portée relative. 137
99. — Des médecins, art. 909 137
100. — *Quid* des sages-femmes, empiriques, etc.? 138
101. — Des ministres du culte. — De la preuve. 139
102. — Quand le malade aura-t-il été traité ou assisté? 140
103. — La libéralité doit avoir été faite durant la maladie dont le malade est mort. 141
104. — Exceptions consacrées par l'art. 909; leur étendue. . . . 142
105. — Des officiers de marine 143
106. — Des congrégations religieuses de femmes. 143

Pages.

§ 4. — Dons et legs faits aux personnes morales.

107. — Nécessité d'une autorisation pour leur acceptation, art. 910. 146
108. — Dons et legs faits à des personnes morales étrangères; . . 146
109. — Ou à un Etat étranger, ou à l'Eglise catholique. 147
110. — *Spécialité*, au point de vue de la capacité de recevoir, des établissements publics ou d'utilité publique; application particulière aux congrégations hospitalières de femmes. . . 149
111. — Nullité des libéralités faites à un établissement non reconnu au moment de l'acte, quoique reconnu ultérieurement. . 151
112. — De la prétendue existence de fait de ces établissements . . 152
113. — De la distinction faite arbitrairement entre les legs et les charges 153
114. — Jurisprudence du Conseil d'Etat en cette matière; conséquences 154
115. — Précisions en ce qui concerne les congrégations hospitalières de femmes; L. 24 mai 1825, art. 5. 156

§ 5. — Epoques à considérer pour la capacité de disposer et de recevoir.

116. — Examens de la question quant à la capacité de disposer; d'abord par testament; 157
117. — Ensuite par donation. 159
118. — Même question pour la capacité de recevoir par testament . 160
119. — De la règle Catonienne 160
120. — Des legs conditionnels 163
121. — Même question pour la capacité de recevoir par donation. . 165

§ 6. — Dispositions faites au profit d'incapables.

122. — Nullité de ces dispositions, art. 911. 166
123. — Deux espèces de simulations prévues par la loi; des fidéicommis. 166
124. — Des legs faits dans l'intérêt des pauvres par l'intermédiaire d'un tiers capable ou incapable. 167
125. — Nullité des clauses chargeant un légataire d'employer les valeurs léguées suivant les intentions du testateur, ou en bonnes œuvres déterminées ou non. 168
126. — Etat de la jurisprudence sur ce point. 169
127. — Cas où le testateur n'a fait aucune mention de la charge donnée au légataire apparent de restituer à un tiers incapable. — De la preuve du fidéicommis. 170
128. — Des présomptions d'interposition de personnes. 171
129. — Dans quels cas elles sont admises. 171
130. — Vis-à-vis de quelles personnes. 172
131. — Quand doit exister l'incapacité du véritable bénéficiaire. . 173
132. — Quand doit exister la qualité à laquelle la loi attache la présomption d'interposition 174
133. — Cas où la présomption cesse. 175

Pages.
134. — A qui appartient l'action en nullité dérivant de l'art. 911. . 176
135. — *Quid* d'un légataire universel? 176
136. — Contre qui l'action doit être dirigée. 177
137. — Texte abrogé de l'art. 912 179

CHAPITRE III.

DE LA PORTION DE BIENS DISPONIBLE ET DE LA RÉDUCTION.

SECTION PREMIÈRE. — *De la portion de biens disponible.*

§ 1er. — Généralités.

138. — Notion d'une quotité disponible et d'une réserve. — Droit romain, droit coutumier; comparaison entre la légitime et la réserve. 180
139. — Droit intermédiaire; Code civil. 1 2
140. — Caractères de la réserve. 183
141. — L'héritier réservataire renonçant peut-il cumuler avec la quotité disponible sa part dans la réserve? 183
142. — Fluctuation de la jurisprudence jusqu'à l'arrêt du 27 novembre 1863. 185

§ 2. — Quotité disponible quand il existe des descendants.

143. — La fixation de cette quotité fait apparaître une réserve pour les descendants, art. 913 et 914. 187
144. — Des enfants légitimés et adoptifs; des absents. 188
145. — Des enfants naturels. 188
146. — Calcul de leur réserve. 189
147. — L'enfant renonçant ou indigne doit-il être compté pour le calcul de la réserve? 192

§ 3. — Quotité disponible quand il existe des ascendants.

148. — La fixation de cette quotité fait apparaître une réserve pour les ascendants, art. 915. La présence de frères ou sœurs, même privés de tout émolument héréditaire, enlève-t-elle aux ascendants leur droit à la réserve? 194
149. — Quels ascendants ont une réserve? 196
150. — Les autres parents n'ont pas de réserve, art. 916. — Règles de droit international. 197

§ 4. — Comment le disposant peut régler le sort de la quotité disponible.

151. — Droits du disposant; des dispositions en usufruit, etc. Option appartenant aux réservataires, art. 917. 199
152. — Caractère exceptionnel de la décision de l'art. 917; conséquences 200

Pages.

153. — L'option appartenant aux réservataires n'est pas indivisible; son exercice se traduit par une sorte d'opération de partage ne donnant pas lieu à un droit de mutation. 202
154. — Aliénations faites par le disposant avec réserve d'usufruit, etc. — Présomption de libéralité dispensée de rapport, art. 918. 202
155. — Pour que cette présomption soit admise, l'aliénation doit d'abord présenter les caractères spéciaux indiqués par l'art. 918; 204
156. — Elle doit en outre avoir été faite au profit d'un successible. 205
157. — Effets de l'art. 918; l'acte envisagé est présumé être une libéralité, sans que la preuve contraire soit admise, ... 206
158. — Et cette libéralité est sujette à réduction. 207
159. — La présomption résultant de l'art. 918 cesse à l'égard des successibles qui ont consenti à l'acte. 208
160. — Des dispositions faites par préciput, art. 919. 209
161. — Le disposant ayant le choix des biens peut déléguer ce choix au gratifié. 209
162. — Différences entre le préciput et l'avancement d'hoirie. . . 210

SECTION II. — *De la réduction des donations et legs.*

§ 1er. — **De la demande en réduction. — Composition de la masse. — Estimation des biens. — Imputations.**

163. — A qui appartient le droit de demander la réduction, art. 920 et 921. 212
164. — La réduction ne peut être demandée qu'après l'ouverture de la succession du disposant, sans qu'il puisse être question de mesures conservatoires avant cette époque. 213
165. — De la preuve à faire par le demandeur. 214
166. — Composition de la masse sur laquelle doit être calculée la quotité disponible, art. 922 215
167. — Cette masse doit comprendre : 1° les biens existants au moment du décès du *de cujus*; énumération; 215
168. — 2° Tous les biens donnés entre-vifs; 217
169. — Même par simple avancement d'hoirie, et sur la demande des donataires ou légataires 218
170. — Les avantages soumis à ce rapport fictif sont, en principe, les mêmes que ceux qui étaient soumis au rapport réel. . . 219
171. — Estimation des biens, immeubles ou meubles 221
172. — Déduction des dettes. 223
173. — Imputations à faire, soit sur la quotité disponible, soit sur la réserve 223

§ 2. — **Comment se fait la réduction.**

174. — Elle atteint d'abord les dispositions testamentaires, art. 923. 925, 926. 225
175. — Pouvoirs du testateur à cet égard, art. 927 227

Pages.
176. — Déduction des donations. 228
177. — En principe la réduction s'opère en nature 229
178. — Exceptions, art. 924 229
179. — Restitution des fruits, art. 928; qui doit supporter l'insolvabilité du donataire soumis à réduction, et déjà insolvable lors du décès du disposant? 230
180. — Effets de la réduction quand aux charges créées sur les immeubles à recouvrer, art. 929; 232
181. — Quant aux aliénations consenties par le donataire, art. 930. 233
182. — Règles concernant l'exercice de l'action en réduction. . . 234

CHAPITRE IV.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

SECTION PREMIÈRE. — *De la forme des donations entre-vifs.*

§ 1er. — Donations entre particuliers. — Authenticité. — Acceptation expresse. — Exceptions.

183. — Actes portant donations, art. 931; procuration pour les passer. 236
184. — Nécessité d'une acceptation expresse, art. 932. 237
185. — Exceptions aux règles ci-dessus : d'abord pour les dons manuels 240
186. — Dons manuels de meubles corporels. 241
187. — *Quid* des meubles incorporels; propriété littéraire, créances? 243
188. — Application de la novation aux dons de créance. 244
189. — Remises de dettes, renonciations 246
190. — Autres exceptions. 247
191. — Donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux 247
192. — Conditions de validité de ces donations 250
193. — Application à l'endossement; 251
194. — Aux reconnaissances sous seing privé. 253
195. — Règles spéciales sur l'acceptation par mandataire ou par des incapables, femmes mariées, mineurs, sourds-muets, art. 933 à 936; en cas d'irrégularité, la donation est inexistante 254

§ 2. — Libéralités adressées à des personnes morales.

196. — Une autorisation spéciale est nécessaire pour les donations, art. 937; il en est de même pour les legs. 257
197. — Nomenclature des représentants légaux des diverses personnes morales 258
198. — Faculté d'acceptation provisoire accordée à certaines de ces personnes 260

Pages.
199. — Effets de l'acceptation provisoire. 262
200. — Actes conservatoires. 263
201. — Comment et par qui l'autorisation d'accepter doit être donnée. 263
202. — Comment est saisie l'autorité compétente à cet effet. . . . 265
203. — Décisions diverses que peut prendre le Conseil d'État. . . 266
204. — *Quid* si un tiers a été substitué à l'établissement légataire pour le cas où la libéralité serait réduite? 267
205. — De la désignation d'un légataire universel en vue de la même hypothèse 268
206. — A qui profite le bénéfice résultant de la réduction; autres effets de la réduction. 269
207. — Du droit d'accorder ou de refuser d'office l'autorisation . . 271
208. — Voies de recours. 272

§ 3. — Effets des donations. — Transcription.

209. — Transfert de la propriété des objets donnés, art. 938 . . . 273
210. — Nécessité de la transcription pour les immeubles, art. 939, 940. 273
211. — Personnes pouvant requérir la transcription. 275
212. — Personnes devant requérir la transcription. 276
213. — But de la transcription. Qui peut opposer le défaut de transcription, art. 941 276
214. — *Quid* des héritiers du donateur? 277
215. — Personnes non recevables à opposer le défaut de transcription. 279
216. — Responsabilité des maris ou tuteurs, art. 942 279

§ 4. — Applications du principe de l'irrévocabilité des donations.

217. — Nullité des donations de biens à venir, art. 943; quels sont les biens présents. 280
218. — Quels sont les biens à venir 282
219. — Application de la distinction aux donations de sommes payables au décès, ou a prendre sur les biens laissés, etc. . 282
220. — *Quid* si l'actif est inférieur au passif? 283
221. — Conditions prohibées par l'art. 944; s'agit-il de conditions purement potestatives ou de conditions simplement potestatives. 287
222. — Donations à charge du paiement de certaines dettes, art. 945. 287
223. — Réserve par le donateur de disposer de valeurs comprises dans la donation, art. 946 289
224. — Exception aux règles ci-dessus, art. 947. Critiques formulées contre ces règles 289
225. — Etat estimatif requis en matière de donations d'objets mobiliers, art. 948; conséquences de son omission 291

§ 5. — Clauses compatibles avec l'irrévocabilité des donations.

226. — Donations avec réserve d'usufruit, art. 949. 293

Pages.
227. — De l'obligation de restitution quand une telle donation porte sur des meubles, art. 950. 295
228. — Du retour conventionnel, art. 951. 295
229. — Il ne peut être présumé. 296
230. — En vue de quelles éventualités il peut être stipulé; . . . 297
231. — Au profit de qui 297
232. — Ses effets, art. 952; effet résolutif à l'égard des tiers . . . 298
233. — Exception en faveur de l'hypothèque légale de la femme . . 300

SECTION II. — *Des exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre-vifs.*

§ 1er. — **Généralités. — Révocation pour inexécution des charges.**

234. — Observation sur la rubrique de la section 301
235. — Causes de révocation, art. 953. 302
236. — Révocation pour inexécution des charges. 302
237. — De la charge d'entretenir une école congréganiste imposée à une commune donataire 304
238. — De l'action en révocation. 304
239. — Effets de la révocation à l'égard du donataire 305
240. — Effets à l'égard des tiers, art. 954. 306

§ 2. — **Révocation pour cause d'ingratitude.**

241. — Trois cas d'ingratitude, art. 955, 956; premier cas, attentat à la vie du donateur. 307
242. — Deuxième cas, sévices, injures, etc. 308
243. — Troisième cas, refus d'aliments 309
244. — De l'action en révocation pour cause d'ingratitude, art. 957; sa durée. 309
245. — Sa transmissibilité aux héritiers 311
246. — Son exercice par les créanciers 312
247. — Sa cessibilité 313
248. — Contre qui elle peut être intentée. 314
249. — Effet de la révocation pour cause d'ingratitude, art. 958; d'abord à l'égard du donataire. 314
250. — Ensuite à l'égard des tiers. 315
251. — Exception quant aux donations faites en faveur du mariage, art. 959 316

§ 3. — **Révocation pour cause de survenance d'enfant.**

252. — Base juridique de l'art. 960; étendue de la disposition . . 318
253. — Exceptions qu'elle comporte. 319
254. — Conditions de la révocation; d'abord le donateur ne doit pas avoir d'enfants vivants au moment de la donation . . . 320
255. — Survenance postérieure d'un enfant vivant et viable, applications diverses 322

Pages.

256. — La révocation a lieu de plein droit; ses effets quant au donataire, art. 962. 322
257. — Ses effets à l'égard des tiers, art. 963 324
258. — La donation ainsi révoquée ne peut être confirmée, art. 964; prohibition de toute clause dérogatoire au principe de la révocation, art. 965 325
259. — Durée de l'action en révocation, art. 966. 325

§ 4. — **Donations faites dans les colonies ou à l'étranger ou en France par un étranger. — Régime fiscal des donations.**

260. — Donations dans les colonies régies par le droit musulman . 327
261. — Donations faites à l'étranger par un français, ou en France par un étranger, règles de forme 328
262. — Règles du fond. 329
263. — Régime fiscal des donations. 331

CHAPITRE V.

DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES.

SECTION PREMIÈRE. — *Des règles générales sur la forme des testaments.*

§ 1er. — **Prescriptions communes à tous les testaments.**

264. — Les dispositions testamentaires, quels que soient les termes employés, ne peuvent valoir que comme legs, art. 967. . 334
265. — Conséquences ; application de la règle : *nemo partim testatus..*, etc 335
266. — Tout testament doit être écrit; conséquences, principalement quant à l'interprétation des testaments. 336
267. — Prohibition du testament conjonctif, art. 968 339
268. — Trois formes de testament seules admises par la loi, art. 969. Pourquoi le législateur a exigé certaines formes pour les testaments 340

§ 2. — **Du testament olographe.**

269. — Forme du testament olographe, art. 269; de l'écriture par le testateur. 343
270. — De ceux qui ne savent ou ne peuvent écrire. 345
271. — De la date du testament olographe; la nécessité d'une date correspond-elle à une utilité réelle? 346
272. — De la date fausse, inexacte ou incomplète; décisions de la jurisprudence à cet égard. 347
273. — Importance du filigrane quand le testament a été écrit sur papier timbré. 349
274. — Suite; du timbre de la poste. 350
275. — La loi n'exige aucune indication relative au lieu ou à l'heure.

Pages.
Des testaments incompatibles entre eux, datés du même jour. 351
276. — Place de la date. 352
277. — De la date des additions, surcharges, etc. 353
278. — Signature du testament olographe. 354
279. — Force probante du testament olographe. C'est à celui qui s'en prévaut à faire vérifier l'écriture en cas de contestation. . 355
280. — D'après la jurisprudence, l'envoi en possession du légataire universel a pour résultat de mettre la preuve à la charge de l'héritier légal; critique de cette jurisprudence. . . 356
281. — Le testament olographe fait foi de sa date. 358
282. — Distinctions à faire à cet égard. 359

§ 3. — **Du testament public.**

283. — Formes du testament public, art. 971; application de la loi du 25 ventôse an XI; règles générales. 361
284. — Règles spéciales, art. 972; de la dictée; elle peut ne pas être en français. L'emploi d'un interprète est-il licite? . . . 363
285. — *Quid* dans les colonies? 364
286. — Des muets et de ceux qui ne peuvent parler. 365
287. — Présence des témoins durant la dictée. 366
288. — De l'écriture par le notaire; elle doit correspondre à la dictée. 366
289. — L'écriture doit être en français et en caractères français. . . 367
290. — Lecture du testament. 370
291. — De la lecture donnée à un sourd. 370
292. — La lecture doit porter sur tout le testament. 371
293. — Mention de l'accomplissement des formalités prescrites. . . 371
294. — Signature du testament par le testateur, art. 973. . . . 373
295. — Signature du testament par les témoins, art. 974. . . . 374
296. — Qui peut être témoin d'un testament public, art. 975. . . 375
297. — Signature du testament par le notaire. 377
298. — Force probante du testament public. 377

§ 4. — **Du testament mystique.**

299. — Description du testament mystique, art. 976. 379
300. — Ecriture de ce testament; cas où le testateur ne sait signer, art. 977 380
301. — Le testateur peut garder lui-même le testament. 381
302. — De ceux qui ne savent ou ne peuvent lire, art. 978. . . . 381
303. — De celui qui, ne pouvant parler, peut écrire, art. 979. Le testament nul comme mystique, peut valoir comme olographe. 382
304. — Force probante du testament mystique. 383
305. — Des témoins du testament mystique, art. 980. 384

SECTION II. — *Des règles particulières sur la forme de certains testaments.*

§ 1er. — **Testaments des militaires ou marins faits en mer.**

306. — Texte des art. 981 à 998, avec les modifications résultant de la loi du 8 juin 1893. 384

Pages.

§ 2. — **Règles de droit international. — Nullité des testaments. — Dispositions concernant les funérailles.**

307. — Testaments faits par un Français en pays étranger, art. 999; application de la règle : *locus regit actum*. 387
308. — Pouvoirs et compétence des chanceliers de consulat. . . . 388
309. — Enregistrement en France des testaments faits à l'étranger, art. 1000. 389
310. — Règle générale de l'art. 1001. Quand une formalité légale n'a pas été observée, le testament est-il inexistant ou seulement annulable? 389
311. — Les déclarations relatives aux funérailles sont soumises aux formes testamentaires. Loi du 15 novembre 1887. . . . 390
311 *bis*. — Régime fiscal 391

SECTION III. — *Des institutions d'héritiers et des legs en général.*

312. — Rappel du principe que les dispositions testamentaires ne produisent effet que comme legs, art. 1002; comparaison avec le droit romain et le droit coutumier; classification. 393
313. — Règles d'interprétation 396
314. — De l'exhérédation par voie d'exclusion. 397
315. — Un legs ne peut être fait qu'à une personne physique ou morale. 398
316. — Cette personne doit être certaine. *Quid*, en cas d'insuffisance dans sa désignation 399
317. — Sens des mots : enfants, petits-enfants, etc., employés dans les dispositions testamentaires. 400
318. — Sens des mots : neveux, cousins, cousins-germains. . . . 402
319. — Acceptation et répudiation des legs. 402

SECTION IV. — *Du legs universel.*

320. — Définition, art. 1003 et applications. 403
321. — Effets du legs universel quant à la transmission de la propriété ou de la possession. Nécessité d'une demande en délivrance s'il y a des héritiers à réserve, art. 1004. . . 405
322. — Notion de la délivrance; du droit aux fruits, art. 1005. . . 406
323. — Cas où il n'y a pas d'héritiers à réserve, art. 1006, et où le légataire universel est porteur d'un testament authentique. 407
324. — Cas où le légataire est porteur d'un testament olographe ou mystique, art. 1007. 408
325. — Nature de l'ordonnance de dépôt concernant ce testament. 409
326. — Envoi en possession du légataire universel non saisi, art. 1008. 410
327. — Compétence à cet égard et voies de recours. *Quid* à l'égard du testament d'un étranger, ou d'un Français décédé à l'étranger. 411
328. — Condition du légataire universel vis-à-vis des autres légataires et des créanciers de la succession quand il n'y a pas d'héritiers réservataires 413

Pages.

329. — Mêmes questions pour le cas où il y a des héritiers réservataires, art. 1009. 414

SECTION V. — *Du legs à titre universel.*

330. — Nature du legs à titre universel, art. 1010; applications diverses 416
331. — Délivrance du legs à titre universel, art, 1011; formes et effets de la demande en délivrance. 418
332. — Condition du légataire universel quant aux dettes et charges, art. 1012; 420
333. — Spécialement en ce qui concerne les legs particuliers, art. 1013. 422

SECTION VI. — *Des legs particuliers.*

§ 1er. — **Effets d'un legs en général. — De la délivrance.**

334. — Définitions du legs particulier; applications diverses . . . 423
335. — Le légataire est déjà investi d'un certain droit, même du vivant du testateur. 425
336. — Ce droit devient irrévocable par le décès de ce dernier, art. 1014. 426
337. — De la demande en délivrance 427
338. — Formes de la délivrance; règles fiscales 428
339. — Ses effets; droit aux fruits, règle générale; 429
340. — Exceptions, art. 1015 430
341. — Frais de la demande et autres, art. 1016. 431

§ 2. — **Obligations des débiteurs de legs.**

342. — Comment ils doivent les acquitter, art. 1017. De l'action personnelle appartenant aux légataires. 433
343. — De l'action hypothécaire. 434
344. — Son étendue 435
345. — Comment doit-être délivrée la chose léguée, art. 1018 . . . 437
346. — Application au legs d'un immeuble, plus tard augmenté, embelli, etc., art. 1019 438
347. — Cas où l'immeuble légué se trouve grevé de droits réels, art. 1020 440
348. — Du legs de la chose d'autrui, art. 1021 441
349. — Legs d'une chose indéterminée, art. 1022 444
350. — Du legs de créance (*nominis*) 444
351. — Du legs de libération (*liberationis*) 446
352. — Du legs de sa dette (*debiti*). 448
353. — Du legs ordinaire fait à celui qui est créancier, art. 1023. . 449
354. — Legs d'un fait. 449
355. — Legs d'un office, d'un fonds de commerce 449
356. — Le légataire particulier n'est pas tenu des dettes de la succession, art. 1024. 449

Pages.

SECTION VII. — *Des exécuteurs testamentaires.*

357. — De la faculté de nommer des exécuteurs testamentaires; art. 1025. L'exécuteur testamentaire n'est pas un mandataire, mais un agent d'exécution 451
358. — Il peut avoir la saisine, art. 1026. 454
359. — Comment les héritiers peuvent faire cesser cette saisine, art. 1023. 456
360. — De ceux qui ne peuvent être exécuteurs testamentaires, art. 1028 à 1030 457
361. — Attributions de l'exécuteur testamentaire, art. 1031 . . . 458
362. — *Quid* en ce qui touche le paiement des legs ou des dettes? . 459
363. — L'exécuteur testamentaire ne représente ni les héritiers, ni les légataires 461
364. — Compte à rendre par l'exécuteur testamentaire. 463
365. — Sa responsabilité; cas de l'art. 1033; son recours pour les frais, art. 1034. 463
366. — Fin de l'exécution testamentaire, art. 1032. 465

SECTION VIII. — *De la révocation des testaments et de leur caducité.*

§ 1er. — **Révocation expresse.**

367. — Objet de la section. — De la révocation expresse, art. 1035. 466
368. — Du cas où le testateur a été empêché de révoquer son testament. 467
369. — Etendue de la révocation; peut-elle résulter d'un acte sous seing privé rédigé comme un testament olographe, mais ne contenant aucune disposition de biens? 468
370. — Effets de la révocation; peut-elle résulter d'un acte nul en la forme comme testament authentique ou comme donation, mais valable comme acte authentique? 470

§ 2. — **Révocation tacite résultant de la contrariété de deux dispositions.**

371. — Révocation tacite, incompatibilité entre deux testaments, art. 1036. 472
372. — L'incompatibilité est toujours nécessairement intentionnelle; dans quels cas elle se traduit par une impossibilité matérielle d'exécution simultanée de deux dispositions . . . 474
373. — En dehors de ces cas, la révocation tacite doit toujours avoir lieu si l'intention de révoquer apparait clairement; conséquences 475
374. — Application à deux legs universels contenus dans deux testaments successifs 477
375. — Conflit entre un legs universel et un legs postérieur à titre universel ou à titre particulier. 478
376. — Conflit entre un legs à titre universel et un legs postérieur universel ou à titre universel. 479

Pages.
377. — Conflit entre legs particuliers 480
378. — Remarque générale sur les cas ci-dessus. 481

§ 3. — Révocation tacite résultant de l'inefficacité du second testament, de l'aliénation de la chose léguée ou d'autres circonstances.

379. — Cas où le testament qui révoque reste sans effet, art. 1037 . 482
380. — Révocation tacite en cas d'aliénation volontaire de la chose léguée, art. 1038; 483
381. — N'a pas lieu dans les cas d'aliénation non volontaire . . . 485
382. — Donation au légataire de la chose léguée. 486
383. — Révocation maintenue même quand l'aliénation est nulle. . 486
384. — Révocation tacite résultant de la destruction du testament . 487
385. — Application à la lacération de l'acte réglant les conditions des funérailles 488

§ 4. — Caducité des dispositions testamentaires.

386. — Caducité résultant du prédécès du légataire dans le cas d'un legs pur et simple, art. 1039; 490
387. — Ou dans le cas d'un legs conditionnel, art. 1040 et 1041. . 491
388. — Du terme incertain dans les legs; pouvoirs du légataire conditionnel ou à terme. 493
389. — Applications de la règle catonienne 495
390. — Caducité résultant de la perte de la chose léguée, art. 1042 . 498
391. — Prétendue caducité résultant de la cessation des motifs qui ont inspiré le legs 500
392. — Incapacité du légataire, ou son refus de recueillir le legs, art. 1043. 503

§ 5. — De l'accroissement en matière de legs.

393. — Détails historiques nécessaires. Système du droit romain. . 504
394. — Influence des lois caducaires 505
395. — Système du Code civil, art. 1044, 1045 506
396. — L'assignation de parti est-elle, ou non, exclusive de l'accroissement? 508
397. — Les textes précités ne concernent que les legs particuliers . 508
398. — Du legs d'usufruit 509
399. — L'accroissement a lieu avec charges, mais peut être refusé . 509

§ 6. — Révocation judiciaire des testaments.

400. — Dans quels cas elle a lieu, art. 1046, 1047. 510
401. — Révocation pour inexécution des charges; à qui appartient l'action en ce cas 511

Pages.

402. — Révocation pour cause d'ingratitude; conditions d'exercice de l'action 512

CHAPITRE VI.

DES DISPOSITIONS PERMISES EN FAVEUR DES PETITS-ENFANTS DU DONATEUR, OU DES ENFANTS DE SES FRÈRES ET SŒURS.

§ 1er. — Généralités. — Formes et conditions des substitutions autorisées.

403. — Motifs des art. 1048 et 1049. 515
404. — A qui et au profit de qui peut être imposée la charge de rendre, art. 1050 et 1051; sur quels biens 516
405. — Formes de l'acte contenant substitution, cas de l'art. 1052 . 518
406. — Comment s'ouvre le droit des appelés, art. 1053 519
407. — Anéantissement des droits constitués sur les biens à rendre; exception résultant de l'art. 1054 521
408. — Caducité de la substitution; effets de la caducité 521

§ 2. — Mesures prescrites dans l'intérêt des appelés et des tiers.

409. — Du tuteur à la substitution; par qui il doit être nommé, articles 1055, 1056. 522
410. — Sanction des dispositions qui précèdent, art. 1057 524
411. — Inventaire des biens substitués, art. 1058 à 1061 524
412. — Vente des objets sujets à dépérissement, art. 1062 à 1064. . 525
413. — Emploi à faire du prix, art. 1065 à 1068 526
414. — Publicité de la substitution quand aux immeubles; transcription et inscription; art. 1069 à 1072 527
415. — Qui peut se prévaloir du défaut de publicité 529

§ 3. — Droits du grevé, avant l'ouverture de la substitution.

416. — Le grevé est propriétaire à charge de rendre; sens de cette formule 531
417. — Tendance de la jurisprudence 535
418. — Conséquences diverses de ce fait que le grevé est propriétaire en attendant l'ouverture de la substitution 536
419. — Conclusions à tirer de ce qui précède quant à la valeur du régime des substitutions permises 539
420. — Responsabilité du tuteur, art. 1073, 1074. 540
421. — Observation sur les immeubles reconnus *Habous* par la loi musulmane 540

CHAPITRE VII.

DES PARTAGES FAITS PAR PÈRE, MÈRE, OU AUTRES ASCENDANTS ENTRE LEURS DESCENDANTS.

§ 1er. — Généralités. — Par qui et entre qui peut être fait le partage d'ascendant.

Pages.
422. — Trait caractéristique du partage d'ascendant. 542
423. — Détails historiques; ancien droit. 543
424. — Système du Code civil dérogeant au droit commun en cette matière 544
425. — Nécessité de dispositions spéciales pour le consacrer; qui peut faire un partage d'ascendant, art. 1075. 546
426. — Quelles personnes doivent être comprises dans un tel partage. 547

§ 2. — Formes et effets du partage d'ascendant; sur quels biens il peut porter.

427. — Comment peut être fait ce partage, art. 1076, § 1 549
428. — Du partage réalisé par donation entre-vifs; conditions de validité; comparaison avec les anciennes démissions de biens. 550
429. — Du partage réalisé par testament; conditions de validité. . 553
430. — Les enfants copartagés sont-ils en ce cas légataires, ou doivent-ils être traités comme héritiers? Controverse. . . . 554
431. — Ce sont des légataires; conséquences. 555
432. — Autres effets du partage d'ascendant; d'abord en cas de donation entre-vifs; questions de révocation. 556
433. — Paiement des dettes; prescription. 558
434. — Dans les partages par acte entre-vifs, les actions en nullité ou en rescision peuvent-elles être intentées du vivant de l'ascendant ? 558
435. — Aliénation par le testateur de biens mis dans le partage. . 561
436. — La fiction de l'art. 1083 est-elle applicable aux partages d'ascendant ? 562
437. — Biens qui peuvent être compris dans le partage, art. 1076, § 2; 1077. 563
438. — Conséquences de ce que le partage fait par acte entre-vifs ne peut comprendre que des biens présents 565
439. — Partages conjonctifs; les ascendants peuvent-ils faire le partage des biens de la communauté ? 566
440. — L'ascendant peut-il comprendre dans le partage les biens dont il a déjà disposé à titre gratuit en faveur de ses enfants, 568
441. — Notamment par institution contractuelle? 569

§ 3. — Causes de nullité ou de rescision du partage d'ascendant.

Pages.
442. — Nécessité de comprendre dans le partage tous les descendants, art. 1078. 570
443. — Conséquences 571
444. — De la lésion, art. 1079, § 1 574
445. — A quelle époque doivent être estimés les biens partagés pour savoir s'il y a eu lésion? 576
446. — Effets de la rescision. 577
447. — Les art. 826 et 832 sur la composition des lots dans les partages ordinaires, sont-ils applicables aux partages d'ascendant? Controverse. 578
448. — Cas où un avantage excessif résulte pour l'un des copartagés du partage et de dispositions préciputaires, art. 1079, § 2. 579
449. — Nature de l'action résultant du texte précité. 581
450. — Valeur des clauses ayant pour but d'empêcher que le partage soit attaqué 583
451. — Avance de frais de la part du demandeur en nullité, art. 1080, 584
452. — Régime fiscal des partages d'ascendant 584

CHAPITRE VIII.

DES DONATIONS FAITES PAR CONTRAT DE MARIAGE AUX ÉPOUX, ET AUX ENFANTS A NAÎTRE DU MARIAGE.

453. — Classification 586
454. — Règles communes aux donations diverses faites en faveur du mariage dans le contrat de mariage, art. 1087 à 1090. . 587
455. — Donations de biens présents, art. 1081 589
456. — Donations de biens à venir, ou institution contractuelle, art. 1082. 590
457. — Par qui, au profit de qui et comment l'institution contractuelle peut être faite 590
458. — Effets des dispositions de cette nature; en quel sens elles sont irrévocables, art. 1083. 593
459. — Les institués contractuels ont-ils la saisine? 595
460. — Leur condition quant au paiement des dettes et legs . . . 596
461. — Caducité de l'institution contractuelle; des promesses d'égalité. 596
462. — Donations cumulatives de biens présents et à venir; nécessité d'un état des dettes actuelles, art. 1084. 599
463. — Sanction de l'accomplissement de cette formalité, art. 1085. 600
464. — Les donations par contrat de mariage en faveur des époux sont soustraites aux conséquences de la règle : donner et retenir ne vaut, art. 1086 601
465. — Règles fiscales. 602

CHAPITRE IX.

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX, SOIT PAR CONTRAT DE MARIAGE, SOIT PENDANT LE MARIAGE.

§ 1er. — Règles générales.

Pages.
466. — Donations entre époux faites par contrat de mariage, art. 1091; 604
467. — Non soumises à la condition de survie du donataire, art. 1092. 605
468. — Donations de biens à venir, ou de biens présents et à venir, art. 1093 607
468 *bis*. — *Quid* si le disposant est mineur? art. 1095. 608
469. — Donations faites durant le mariage; sont toujours révocables, art. 1096; 608
470. — Demeurent soumises, suivant les cas, soit aux règles des donations ordinaires, soit aux règles de l'institution contractuelle; conséquences. 609
471. — Étendue et applications du principe de la révocabilité de ces donations; conséquences de la révocation. 611
472. — Prohibition des libéralités conjonctives, art. 1097; conséquences. 612
473. — Les lois permettant ou prohibant les donations entre époux durant le mariage, se rattachent au statut personnel . . 614
474. — Règles fiscales. 614

§ 2. — Règles spéciales à la quotité disponible entre époux.

475. — Cas où le disposant ne laisse pas de descendants, mais seulement des ascendants, art. 1094 § 1; projets de réforme. 616
476. — Applications diverses de la règle actuellement en vigueur. . 618
477. — Cas où le disposant laisse des enfants communs, art. 1094 § 2. 619
478. — Est-il permis de disposer au profit de son conjoint dans les conditions de l'art. 913, quand le disponible fixé par ce texte est supérieur au disponible de l'art. 1094? 620
479. — Evaluation de l'usufruit. 621
480. — Combinaison des art. 913 et 1094 lorsqu'un conjoint a disposé à la fois au profit de son conjoint et d'une autre personne; d'abord quand il n'y a qu'un ou deux enfants. 621
481. — *Quid* lorsqu'il y a trois enfants ou un plus grand nombre? Système de la Cour de cassation. 622
482. — Critique de ce système, d'abord dans le cas de deux dispositions simultanées; 624
483. — Ensuite dans le cas de deux dispositions successives par actes distincts. 626
484. — De l'option entre une moitié en usufruit, et un quart en propriété, plus un quart en usufruit. Réduction des dispositions excessives. 627

Pages.

485. — Cas où le disposant laisse des enfants d'un précédent mariage, art. 1098. 629
486. — Sanction des dispositions précédentes, art. 1099. 632
487. — Des personnes interposées, art. 1100. 633

APPENDICE.

Lois nouvelles promulguées au cours de l'impression de l'ouvrage, et relatives aux matières déjà traitées.

488. — *Nationalité française;* moyens de l'acquérir ou de la décliner; L. 22 juillet 1893. 635
489. — *Etrangers;* leur séjour en France; L. 8 août 1893. . . . 637
490. — *Actes de l'état civil* dressés aux armées ou au cours d'un voyage maritime; L. 8 juin 1893. 639
491. — *Actes de l'état civil;* reconstitution pour Paris; L. 5 juin 1893. 647
492. — *Actes de l'état civil;* procurations dressées aux armées, ou au cours d'un voyage maritime; L. 8 juin 1893. 648
493. — *Conseil judiciaire;* publicité; L. 16 mars 1893. 650
494. — *Enregistrement;* successions, partages; L. 28 avril 1893. . 653

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

14 0 5 2001

Réseau de bibliothèques
Université d'Ottawa
Échéance

Library Network
University of Ottawa
Date Due